

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

GABRIELA MARQUES DE ALMEIDA

**O USO DA RETALIAÇÃO CRUZADA NO ÂMBITO DA
PROPRIEDADE INTELECTUAL: O CONTENCIOSO DO ALGODÃO
(US-UPLAND COTTON) NOS BANCOS DA OMC**

Florianópolis/SC

2017

Gabriela Marques de Almeida

**O USO DA RETALIAÇÃO CRUZADA NO ÂMBITO DA
PROPRIEDADE INTELECTUAL: O CONTENCIOSO DO ALGODÃO
(US-UPLAND COTTON) NOS BANCOS DA OMC**

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em
Direito do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal de Santa Catarina como
requisito para a obtenção do Título de Bacharel em
Direito

Orientador: Prof. Dr. Arno Dal Ri Júnior
Coorientadora: Mariana Clara de Andrade

Florianópolis/SC

2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE

Aluna: Gabriela Marques de Almeida

RG: 6.105.051

CPF: 093.333.319-64

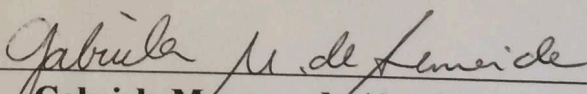
Matrícula: 13101426

Título do TCC: "O Uso da Retaliação Cruzada no âmbito da Propriedade Intelectual: O contencioso do algodão (US-Upland Cotton) nos bancos da OMC"

Orientador: Prof. Arno Dal Ri Jr, PhD.

Eu, **Gabriela Marques de Almeida**, acima qualificada, venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 04 de dezembro de 2017.



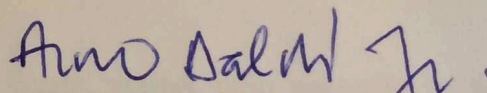
Gabriela Marques de Almeida

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

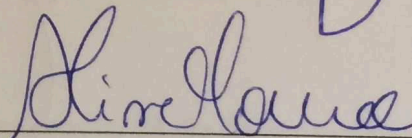
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**O Uso da Retaliação Cruzada no âmbito da Propriedade Intelectual: O contencioso do algodão (US-Upland Cotton) nos bancos da OMC**”, elaborado pela acadêmica **Gabriela Marques de Almeida**, defendido em **04/12/2017** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,00 (dez.), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

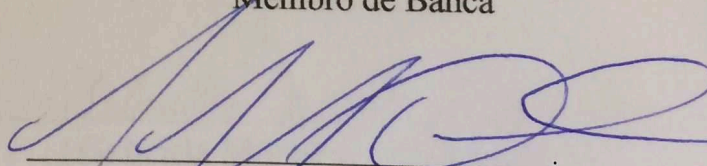
Florianópolis, 04 de dezembro de 2017.



Arno Dal Ri Jr.
Professor Orientador



Aline Beltrame de Moura
Membro de Banca



João Henrique Carvalho Orssatto
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais. Obrigada por todo o apoio incondicional e auxílio em minha caminhada acadêmica e por sempre serem meus maiores incentivadores. Em especial, obrigada por entenderem todos os momentos de ansiedade que antecederam a conclusão deste trabalho. Ainda, não posso deixar de fazer um agradecimento especial à minha mãe, pela revisão de português desse trabalho.

A todos os meus amigos da faculdade, dos estágios e do EMAJ que me acompanharam durante estes últimos anos.

Às minhas amigas Bruna, Thais e Luana por todo o companheirismo e amizade durante a faculdade e por me ajudarem a manter a sanidade mental em seu final. Aprendi muito com vocês nesses 5 anos na UFSC e sei que, mesmo que tomemos rumos diferentes, sempre estaremos unidas de alguma forma.

A todos os professores que de alguma forma contribuíram com minha formação acadêmica. Em especial, ao meu orientador Arno Dal Ri Junior, por primeiramente despertar meu interesse para o direito internacional e por todo auxílio na elaboração desta monografia.

À minha coorientadora Mariana por toda ajuda e apoio, em especial na reta final deste trabalho, por sempre ser tão solícita e por todas as considerações e críticas que certamente enriqueceram muito este trabalho.

Finalmente, à professora Aline Beltrame de Moura e ao meu chefe/professor/colega João Henrique Orssatto por aceitarem compor minha banca avaliadora e participar dessa etapa final do meu curso.

“At the WTO, it's never a general surgery. It's always a very specific, clinical, precise surgery – and you can't miss the target. If you miss the target, you kill the patient. It's as simple as that.”

(Roberto Azevedo – Diretor geral da OMC)

RESUMO

O objetivo deste trabalho é apresentar uma breve análise da eficácia da retaliação cruzada no Mecanismo de Solução de Controvérsias (MSC) da Organização Mundial do Comércio (OMC). Em especial, propõe-se investigar esta ainda muito pouco utilizada ferramenta de coação como uma medida para assegurar o cumprimento das decisões proferidas por este sistema de resolução de conflitos. Ou seja, apura-se a importância da autorização da retaliação cruzada na fase de execução do sistema jurisdicional da OMC, inclusive quando a disputa envolve uma grande assimetria de poder econômico entre as partes. Para isso, parte-se, primeiramente, para uma análise geral da questão do sistema de solução de conflitos na OMC, focando nas soluções que este traz para o caso de ausência de implementação da decisão do MSC pelo país perdedor. Posteriormente, aprofunda-se na retaliação cruzada, com o estudo de suas peculiaridades e desafios. Foca-se, principalmente, nas vantagens desta ferramenta envolvendo o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS). Por fim, um dos três casos em que tal medida já foi aprovada pelo Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) é aprofundado. Trata-se do contencioso do Algodão (US-Upland Cotton), no qual figuram como partes o Brasil e os Estados Unidos. Nesse conflito observa-se que a ameaça da retaliação cruzada pôde ser utilizada com sucesso a favor do Brasil, o país com menor peso no cenário econômico internacional dentre as partes.

Palavras-chave: Organização Mundial do Comércio. Mecanismo de solução de controvérsias. Retaliação Cruzada. Propriedade Intelectual. *US-Upland-Cotton*.

ABSTRACT

The aim of this paper is to present a brief analysis of the effectiveness of cross-retaliation in the Dispute Settlement Mechanism (DSM) of the World Trade Organization (WTO). In particular, it proposes an investigation on this still little used tool of coercion as a means to ensure compliance with the decisions rendered by this conflict resolution system. In other words, it explores the importance of authorizing cross-retaliation in the implementation phase of the WTO's jurisdictional system, moreover when the dispute involves a great asymmetry of economic power between the parties. To this end, it discusses firstly a general analysis of the WTO's dispute settlement system, focusing on the solutions that it brings in case of lack of implementation of the DSM's decision by the losing country. Subsequently, the cross retaliation is more carefully studied along with its peculiarities and challenges. This part focuses mainly on the advantages of this tool when it involves the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS). Finally, it concentrates on one of the three cases where such a measure has already been approved by the DSB. It is the US-Upland Cotton case between Brazil and the United States. In this conflict, it can be observed that the threat of cross-retaliation was successfully used by Brazil, the economically weakest country in this dispute.

Keywords: World Trade Organization. Dispute Settlement Mecanism. Cross-Retaliation. Intellectual Property. US-Upland Cotton.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABRAPA - Associação dos Produtores de Algodão

CE – Comunidade Europeia

CGC - Coordenação-Geral de Contenciosos

DPI – Direitos da Propriedade Intelectual

ESC - Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias

EUA – Estados Unidos da América

FMI – Fundo Monetário Internacional

GATS - Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços

GATT - Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio

IBA – Instituto Brasileiro do Algodão

MSC – Mecanismo de Solução de Controvérsias

OA – Órgão de Apelação

OECD - Organization for Economic Co-operation and Development

OIC - Organização Internacional do Comércio

OMC – Organização Mundial do Comércio

ONU – Organização das Nações Unidas

OSC – Órgão de Solução de Controvérsias

TRIPS - Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	O MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NA OMC E OS MEIOS DE INDUÇÃO DE CUMPRIMENTO DE SUAS DECISÕES	12
2.1	O MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS E SUA IMPORTÂNCIA NO ÂMBITO INTERNACIONAL ECONÔMICO.....	12
2.2	O PROCEDIMENTO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO MSC.....	17
2.3	OS INSTRUMENTOS PARA INDUZIR CUMPRIMENTO DAS DECISÕES DO MSC	22
2.4	OS DESAFIOS PARA A EFETIVAÇÃO DAS DECISÕES DO OSC	26
3	A EFICÁCIA DA RETALIAÇÃO CRUZADA DENTRO DO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC NO ÂMBITO DO TRIPS	33
3.1	AS PECULIARIDADES DA RETALIAÇÃO CRUZADA	33
3.2	A RETALIAÇÃO CRUZADA ENVOLVENDO O TRIPS	37
3.3	OS DESAFIOS DA RETALIAÇÃO CRUZADA	41
3.4	OS CASOS DE AUTORIZAÇÃO DA RETALIAÇÃO CRUZADA	45
3.4.1	EC-Bananas III.....	46
3.4.2	US-Gambling.....	49
4	A EFICÁCIA DO MECANISMO DE RETALIAÇÃO CRUZADA A PARTIR DO CONTENCIOSO DO ALGODÃO – US - UPLAND COTTON	54
4.1	O CASO DO ALGODÃO (<i>US- UPLAND COTTON</i>).....	54
4.2	A IMPORTÂNCIA DA RETALIAÇÃO CRUZADA COMO INSTRUMENTO DE NEGOCIAÇÃO PARA O BRASIL	60
4.3	AS PARTICULARIDADES DO SUCESSO DA RETALIAÇÃO CRUZADA NO CASO BRASILEIRO	66
4.4	CONSIDERAÇÕES SOBRE O CASO	69
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	73
	REFERÊNCIAS	77

1 INTRODUÇÃO

As temáticas envolvendo Direito Internacional Econômico e Direito do Comércio Internacional no mundo altamente globalizado e interconectado em que vivemos representam um importante fator na relação entre países. A Organização Mundial do Comércio (OMC), em especial, é elemento fundamental na dinâmica internacional e tem o grande mérito de trazer ao cenário mundial um Mecanismo de Solução de Conflitos que possibilita a concretização das resoluções e princípios do sistema multilateral de comércio.

A análise da implementação das decisões proferidas por este órgão chama a atenção para um remédio de *ultima ratio* curioso: a retaliação cruzada envolvendo o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS), um instrumento utilizado na execução das decisões da OMC que permite a suspensão de concessões e obrigações pelo país ganhador no tocante aos direitos da propriedade intelectual do país que não se conforma com as decisões proferidas pelo órgão jurisdicional da OMC.

Embora não muito empregado até hoje, esse instrumento foi importante em pelo menos um dos três casos em que sua utilização foi permitida, qual seja a disputa *US-Upland Cotton*. Isto instigou a curiosidade acadêmica de compreender melhor esse remédio do direito internacional e verificar se ele realmente é eficiente na garantia do cumprimento das decisões da OMC.

Desta forma, o presente trabalho visa a compreender a retaliação cruzada enquanto instrumento para a indução de cumprimento das decisões desta organização internacional. Propõe-se entender as peculiaridades desta medida e investigar se esta seria uma forma adequada para assegurar o cumprimento das decisões da OMC e para minimizar os efeitos da diferença econômica entre os países no sistema multilateral de comércio.

Para esta investigação, levanta-se a seguinte questão: a retaliação cruzada no âmbito do TRIPS pode ser considerada um mecanismo adequado para induzir o cumprimento das decisões do Mecanismo de Solução de Controvérsias (MSC) no âmbito da OMC?

Esse trabalho busca uma resposta a essa questão através do método indutivo, com o estudo, principalmente, dos textos normativos que fazem parte do arcabouço da OMC e da jurisprudência do seu sistema de solução de controvérsias. Ainda, especial atenção será prestada aos acadêmicos que adentraram nesta questão a fim de verificar de que maneira o problema é analisado doutrinariamente.

Em um primeiro momento, será realizado um estudo sobre os aspectos gerais do Mecanismo de Solução de Controvérsias da OMC e dos meios de implementação das decisões por ele proferidas, chamadas de contramedidas, sendo uma delas a retaliação. Explicar-se-á o procedimento das disputas nessa organização mundial e quais são as medidas que esse sistema prevê para casos de descumprimento das suas recomendações. Ainda, pretende-se discorrer sobre as dificuldades e falhas desses instrumentos de cumprimento na prática, pontuando suas inconsistências.

Tendo analisado esse sistema jurisdicional da OMC com mais detalhes, o capítulo seguinte explorará as particularidades de uma das contramedidas do MSC, qual seja a retaliação cruzada. Serão pontuados os momentos em que esse instrumento pode ser utilizado e quais os requisitos para sua autorização.

Ainda, tratar-se-á em específico da retaliação cruzada envolvendo o TRIPS, forma que é considerada uma das mais eficientes para obter o cumprimento de um país em desconformidade com os princípios da OMC. O trabalho discorrerá nesta parte sobre a vantagem que essa contramedida específica concede em casos em que há um país desenvolvido sucumbente de um país em desenvolvimento. No mesmo capítulo serão tratados os desafios que essa medida ainda pode apresentar para o país retaliante.

Para finalizar essa segunda divisão, serão expostos dois dos três casos em que a retaliação cruzada envolvendo propriedade intelectual foi autorizada pelo MSC, com intuito de elucidar as razões que levam a sua autorização e a forma que a contramedida foi importante na fase de “execução” da decisão da OMC.

Por fim, no último capítulo do trabalho, focar-se-á no terceiro caso em que houve a autorização para a suspensão de concessões e obrigações no TRIPS: o *US-Upland Cotton*, caso que envolveu o Brasil e os Estados Unidos e a questão de subsídios para o plantio de algodão. Após um relatório sobre a disputa, adentrar-se-á na discussão da importância da autorização da retaliação cruzada para a negociação entre as partes e a solução do caso, bem como se averiguará as peculiaridades deste contencioso que resultaram no emprego bem sucedido da ameaça da retaliação cruzada. Ademais, no final do capítulo, a autora tecerá algumas considerações sobre o que a análise do caso trouxe para a discussão sobre essa contramedida especial do MSC.

Explica-se, finalmente, que a estrutura do trabalho foi submetida às normas atualizadas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), ressaltando-se o fato de que, mesmo no sistema numérico, tanto as citações como as notas explicativas foram apresentadas nas notas de rodapé. O objetivo desta quebra de protocolo deve-se à intenção de

apresentar um texto “mais limpo”, que busque facilitar a leitura deste trabalho. Todas as traduções foram feitas pela autora deste trabalho, a qual se responsabiliza por eventuais falhas.

2 O MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NA OMC E OS MEIOS DE INDUÇÃO DE CUMPRIMENTO DE SUAS DECISÕES

Este primeiro capítulo tem o objetivo de apresentar o sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OMC), com um breve histórico do surgimento do atual sistema multilateral de comércio e da organização internacional. Primeiramente, destacam-se as características do Mecanismo de Solução de Controvérsias (MSC) e seu funcionamento. Em seguida, analisam-se os meios de indução do cumprimento das decisões proferidas por esse órgão da OMC e os desafios da implementação dessas deliberações.

2.1 O MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS E SUA IMPORTÂNCIA NO ÂMBITO INTERNACIONAL ECONÔMICO.

A Organização Mundial do Comércio foi criada em 1995¹ e, mesmo sendo uma jovem organização, é uma das mais influentes nos atuais tempos de globalização econômica. Para compreender sua importância, é necessário remontar às suas raízes, as quais se encontram no cenário pós 2ª Guerra Mundial e na progressiva construção do atual sistema multilateral do comércio internacional.

Visando à reorganização da ordem internacional que foi significativamente alterada pela 2ª Guerra Mundial, em 1944 foi realizada a Conferência de Bretton Woods da qual resultou a criação do Fundo Monetário Internacional (FMI) e do Banco Mundial. Como terceiro vértice institucional para regular o comércio internacional, idealizou-se a criação da Organização Internacional do Comércio (OIC), a qual, todavia, nunca foi efetivada.²

A OIC deveria ser instituída pela Carta de Havana e pretendia ser uma “entidade dotada de personalidade jurídica internacional, com o poder de adotar importantes decisões para os Estados-membros e de aplicar sanções aos países que não se adequassem a tais

¹ O “*Agreement Establishing the World Trade Organization*” conhecido como o Acordo da OMC foi assinado em Marrakesh em 1994 e entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 1995.

² NETO, José Cretella. *Direito processual na Organização Mundial do Comércio, OMC: casuística de interesse para o Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 15-16.

decisões”³. Contudo, a oposição do Congresso dos Estados Unidos, que considerava a organização uma ameaça a suas pretensões comerciais, inviabilizou seu nascimento.⁴

Ocorre que, concomitantemente às discussões envolvendo a OIC, negociava-se o GATT⁵ (Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio) o qual retomava o conteúdo da Carta de Havana relativo à política comercial⁶ e objetivava a redução recíproca das tarifas comerciais. Esse acordo foi concebido como uma medida provisória até a aprovação da Carta de Havana⁷; todavia, na falta de outra organização vigente com o mesmo propósito, o GATT entrou em vigor em 1948, operando como uma organização internacional *de facto*⁸. Esse acordo foi um grande sucesso na época, tanto quantitativa quanto qualitativamente, já que obteve grande adesão internacional e resultou em uma significativa liberalização comercial, reduzindo vários entraves comerciais entre os Estados-Membros.⁹

Ainda, o GATT iniciou uma sequência de negociações que incluíram oito rodadas¹⁰ de tratativas as quais focavam inicialmente na redução de tarifas, mas aos poucos adentraram na complexa questão da redução das barreiras não tarifárias.¹¹ Essas rodadas permitiram a progressiva evolução do sistema GATT e a sua substituição pelo atual sistema comercial multilateral.¹²

Isso porque o GATT foi criado com alguns “defeitos de nascimento”, quais sejam: (i) a falta de carta concedendo-lhe personalidade legal e estabelecendo seus procedimentos e estrutura organizacional; (ii) seu caráter de aplicação “provisória”; (iii) o fato de seu Protocolo de aplicação provisória permitir que membros mantivessem legislações conflitantes com o GATT; e (iv) a confusão e ambiguidade sobre a autoridade do GATT, sua habilidade de tomar decisões e seu status legal¹³.

³ DAL RI JÚNIOR, Arno. Direito Internacional Econômico em expansão: desafios e dilemas no curso da história. In: DAL RI JÚNIOR, Arno. (org.); OLIVEIRA, Odete Maria de. (org.). *Direito Internacional Econômico em expansão: desafios e dilemas*. Ijuí: Uijuí, 2003, p. 113.

⁴ VANGRESSTEK, Craig. *The history and future of the World Trade Organization*. Geneva: World Trade Organization, 2013, p. 44.

⁵ Sigla do nome inglês do acordo: “General Agreement on Tariffs and Trade”.

⁶ NETO, 2003, p. 16.

⁷ DAL RI JUNIOR, op. cit., p.123.

⁸ BOSSCHE, Peter van den. *The law and policy of the world trade organization: text, cases and materials*. 2nd ed. New York: Cambridge University Press, 2008, p.76-77.

⁹ Ibidem, p.80.

¹⁰ Rodada de Geneva (1947), de Annecy (1949), de Torquay (1951), de Geneva (1956), de Dillon (1960-1), Kennedy (1964-7), de Tokyo (1973-9) e do Uruguai (1986-1994).

¹¹ BOSSCHE, op. cit., p. 81.

¹² NETO, op.cit, p. 21.

¹³ MATSUSHITA, Mitsuo; MAVROIDIS, Petros; SCHOENBAUM, Thomas. *The World Trade Organization: Law, Practice and Policy*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2006, p.3.

Ademais, a situação mundial no começo dos anos 80 tornou-se muito mais complexa e interdependente, evidenciando o fato de que “as regras do GATT não estavam satisfatoriamente provendo medidas de disciplina que eram necessárias para prevenir tensões e atividades nacionais danosas”¹⁴.

Esse cenário resultou na Rodada do Uruguai a qual tinha um mandato bem amplo e ambicioso de negociações, incluindo, pela primeira vez na história, negociações sobre comércio de serviços¹⁵. Durante essa rodada, ganhou força a ideia de criação de uma organização internacional para o comércio o que resultou na proposta formal do Canadá em 1990 para o estabelecimento de uma “Organização Mundial do Comércio”. E, apesar de inicial relutância, os Estados Unidos também aceitaram o projeto em 1993.¹⁶ Assim, a constituição dessa organização com personalidade jurídica de direito internacional ocorreu no “ponto culminante” da Rodada do Uruguai que foi atingido na Conferência de Marrakesh em 1994, onde foi pactuado o Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio¹⁷.

Portanto, com o final da Rodada do Uruguai, a OMC foi estabelecida e substituiu o sistema GATT¹⁸, solucionando alguns dos problemas que o modelo anterior trazia. A OMC, neste contexto, surge com seis importantes funções. A primeira é a implementação do Acordo da OMC e seus acordos multilaterais e plurilaterais anexos¹⁹. A segunda é a negociação de novos acordos através da manutenção de um fórum permanente para negociação entre os Estados-membros²⁰. Ainda, a OMC tem as funções de prestar assistência técnica aos países em desenvolvimento e de cooperar com outras organizações internacionais. A quinta função é

¹⁴ JACKSON, John Howard. *The World Trade Organization: Constitution and Jurisprudence*. London: Royal Institute for International Affairs, 1998, p. 24. No original: “[...] the GATT rules were not satisfactorily providing the measure of discipline that was needed to prevent tensions and damaging national activity”.

¹⁵ BOSSCHE, 2008, p. 82.

¹⁶ Ibidem, p. 82-84.

¹⁷ NETO, 2003, p. 22.

¹⁸ Conforme o “*Transitional Co-Existence of the GATT-1947 and the WTO Agreement*”, houve um período de convivência de um ano entre os acordos em 1995. O GATT-1947 foi finalmente terminado no final de 1995.

¹⁹ O acordo da OMC (*Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*) é o acordo básico que estabelece a OMC e traz em anexo uma série de outros acordos e entendimentos. Os acordos multilaterais consistem nos Acordos envolvendo o comércio de bens (que inclui o GATT-97), no GATS (Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços), no TRIPS (Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual), no Entendimento sobre Solução de Controvérsias (ESC) e no Mecanismo de Exame de Políticas Comerciais (TPRM). Esses acordos multilaterais são obrigatórios para todos os Estados-membros da OMC. Já os acordos plurilaterais são obrigatórios somente para aqueles Estados-membros que os ratificam. Tanto o acordo como seus anexos estão disponíveis no site da OMC: < https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/final_e.htm>.

²⁰ A última rodada de negociações é a Rodada de Doha, a qual se iniciou 2001 e ainda não levou a nenhum acordo. As conferências nessa rodada não obtiveram sucesso, o que levou a um bloqueio significativo das negociações na OMC. Ver: ISMAIL, Faizel. *Is the Doha Round dead? What is the way forward?*. In: BWPI Working Paper 167, 2012. Disponível em: < <http://www2.iadb.org/intal/catalogo/PE/2012/10232.pdf>>. Acesso em: 10.09.2017.

a de administração do mecanismo de revisão de políticas comerciais²¹. E por fim, a sexta e primordial função da OMC é a administração do sistema de solução de controvérsias da OMC²².

Com efeito, uma das principais inovações da OMC em relação ao GATT foi esse sistema de resolução de controvérsias, o qual representa um forte pilar da instituição e é considerado por muitos autores como o sistema jurídico internacional atual de maior eficácia²³.

Não obstante o GATT ter desenvolvido ao longo de sua vigência um procedimento para solução de controvérsias, esse era muitas vezes falho, já que permitia às partes “bloquearem” a instalação de painéis julgadores ou a adoção de seu relatório²⁴. Também se contava com pouca transparência sobre seu procedimento²⁵ e com uma grande quantidade de textos legais em vigor, o que permitia o *fórum-shopping*²⁶ e criava grande instabilidade jurídica.²⁷ Por fim, não se dispunha de medidas para assegurar o cumprimento das decisões.

Craig VanGrasstek mostra que nos últimos anos do GATT os números de casos de solução de controvérsias trazidos perante esse mecanismo aumentaram significativamente, porém também se ampliou a taxa de bloqueio dos resultados. Isto é, a despeito da abundância de casos e decisões, estas não geravam qualquer efeito, demonstrando a ineficácia dos procedimentos do GATT²⁸.

²¹ O TPRM (*Trade Policy Review Mechanism*) é o principal instrumento de transparência da OMC, já que possibilita a apreciação e avaliação coletiva das políticas comerciais dos Estados-membros.

²² BOSSCHE, 2008, p. 88-98.

²³ TOLEDO, Patrícia Alves de. *Um tiro no próprio pé – remédios para implementação das decisões do órgão de solução de controvérsias da OMC*. In: LIMA-CAMPOS, Aluísio de (org.). *Ensaio em comércio internacional: antidumping, disputas comerciais e negociações multilaterais*. São Paulo, Editora Singular, 2005, p. 277.

²⁴ O bloqueio da instalação de painéis julgadores e da adoção dos relatórios era possível pela regra do consenso positivo no conselho do GATT. Isso significava que para a tomada de qualquer decisão era preciso o consenso de todos os membros do GATT inclusive das partes envolvidas na disputa. Assim, a parte requerida poderia bloquear o estabelecimento de um painel ou a implementação de um relatório simplesmente não concordando com essas medidas. Ver: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_settlement_cbt_e/c2s1p1_e.htm. Acesso em 29/10/2017.

²⁵ BARRAL, Welber. *Solução de Controvérsias na OMC*. In: KLOR, Adriana Dreysin de. (et al.). *Solução de Controvérsias: OMC, União Europeia e Mercosul*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004, p. 13-15.

²⁶ Solano de Camargo conceitua *fórum shopping* como “uma faculdade de se escolher uma jurisdição para se demandar, em hipóteses em que haja competência internacional concorrente.” Ainda explica que esse termo “tem sido utilizado pela doutrina internacional pejorativamente, indicando uma opção o mais das vezes ‘maléfica’ e, portanto, a ser evitada.” Por fim, o autor ainda indica duas razões para o ataque da doutrina ao *fórum shopping*: a possibilidade deste representar muitas vezes uma injustiça material e a chance de se transformar em uma denegação de justiça. CAMARGO, Solano de. *Forum shopping: modo lícito de escolha da jurisdição?*. 2015. 203 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 76-80.

²⁷ NETO, 2003, p.67-68.

²⁸ VANGRASSTEK, 2013, p. 52.

O Mecanismo de Solução de Controvérsias (MSC) da OMC, por sua vez, funciona como uma corte de comércio internacional possuidora de sistema único e integrado²⁹ onde existe jurisdição compulsória, as decisões são obrigatórias para as partes e sanções podem ser aplicadas se as decisões não forem cumpridas³⁰. Ele também tem suas disputas resolvidas, em sua maioria, pela aplicação de regras legais, o que evidencia um “processo de transformação de um mecanismo de abordagem mais orientada pelo poder em um mecanismo mais orientado por normas”³¹.

Tido como a “joia da coroa” da OMC, a referida corte em seus atuais 22 anos de história já presenciou mais de 500 disputas e proferiu mais de 350 decisões³², número consideravelmente maior do que as 132 disputas e 103 decisões proferidas pelo sistema do GATT em seus 47 anos de história³³.

Segundo Victor Luiz do Prado, três características básicas são responsáveis pela eficácia do MSC: abrangência, automaticidade e exequibilidade, as quais são resultados do aperfeiçoamento das normas criadas durante o desenvolvimento e codificação de regras sobre solução de controvérsias do GATT. Primeiramente, sobre seu caráter de abrangência, este tem duplo sentido, pois não apenas todos os acordos da OMC estão cobertos pelo mecanismo, mas também este é o único mecanismo da OMC, não havendo a possibilidade do *fórum-shopping*. Já a automaticidade surge da regra do consenso negativo³⁴, a qual determina que, salvo a altamente improvável hipótese de todos os membros do Órgão de Solução de Controvérsias (OSC)³⁵ concordarem em não tomar determinada decisão, esta é automaticamente adotada. Desse modo, as fases do mecanismo se sucedem automaticamente, só podendo ser interrompidas pela hipótese de acordo mútuo das partes em litígio. Finalmente, no tocante à característica de exequibilidade, esta representa o ponto forte da OMC. Isto porque, verificando-se o descumprimento de uma decisão do OSC, o membro demandante poderá

²⁹ NETO, 2003, p.68.

³⁰ MATSUSHITA; MAVROIDIS; SCHOENBAUM, 2006, p. 104.

³¹ LUPI, André Lipp Pinto Basto. *Soberania, OMC e Mercosul*. São Paulo: Aduaneiras, 2001, p.155.

³² Informações retiradas do site da OMC. Disponível em; https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e.htm Acesso em: 20/09/2017.

³³ BOSSCHE, 2008, p.169.

³⁴ Cf. Artigo 16.4 do Entendimento sobre Solução de Controvérsias da OMC. Disponível em: <<https://sistemas.mre.gov.br/kitweb/datafiles/IRBr/pt-br/file/CAD/LXII%20CAD/Direito/OMC%20ANEXO%202%20Entendimento%20relativo%20as%20normas%20e%20procedimentos%20sobre%20solucao%20de%20controversias.pdf>> Acesso em: 21/09/2017.

³⁵ O Órgão de Solução de Controvérsia é o órgão jurisdicional da OMC, composto por todos os representantes do Conselho Geral da OMC. Ele é responsável por estabelecer os painéis, adotar relatórios do painel e do Órgão de Apelação (OA) e autorizar a suspensão de concessões e obrigações (retaliação). Ou seja, a ele cabe toda gestão do Mecanismo de Solução de Controvérsias. NETO, op. cit., p.108-109. Todo esse procedimento da OMC será melhor tratado no tópico seguinte.

solicitar autorização para retaliar, isto é, bloquear concessões e vantagens comerciais de que o membro infrator desfruta em consequência dos acordos da OMC³⁶.

Dessa forma, todas essas particularidades tornam o OSC uma instituição de alta importância. Com efeito, consoante o artigo 3.2 do Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias (ESC)³⁷, documento que estabelece as normas e procedimentos relacionados à solução de controvérsia na OMC, esse mecanismo é importante por que:

O sistema de solução de controvérsia da OMC é elemento essencial para trazer segurança e previsibilidade ao sistema multilateral de comércio. Os Membros reconhecem que esse sistema é útil para preservar direitos e obrigações dos Membros dentro dos parâmetros dos acordos abrangidos e para esclarecer as disposições vigentes dos referidos acordos em conformidade com as normas correntes de interpretação do direito internacional público³⁸.

Logo, essa segurança e previsibilidade destacadas pelo ESC evidenciam sua importância no complexo contexto internacional, em que as relações são em sua maioria imprevisíveis e dinâmicas. Assim, compreendido o diferencial do mecanismo de solução de controvérsias e analisada brevemente sua história, passa-se ao estudo do funcionamento desse sistema.

2.2 O PROCEDIMENTO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO MSC

Como já mencionado, as normas e os procedimentos relacionados à solução de controvérsias no âmbito da OMC estão previstos no Entendimento de Solução de Controvérsias (ESC), que é o Anexo 2 do Acordo Constitutivo da OMC, obrigatório para todos os seus Estados-membros.

Esse documento, em seu artigo 3.7, explica que antes de se estabelecer a controvérsia é necessária uma fase de composição do litígio, isto é, antes de submeter situações ao sistema de “julgamento” da OMC, os membros têm que passar por uma fase obrigatória de

³⁶ PRADO, Victor Luiz do. Mecanismo de Solução de Controvérsias: Fonte de Poder e de problemas na OMC. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do (coord.). *OMC e o comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2002, p. 264-266.

³⁷ MDIC (Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior). Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias (ESC). 1994. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/1885-omc-acordos-da-omc>. Acesso em 10 out 2017.

³⁸ Art. 3.2 do ESC.

negociações para tentar compor um acordo mutuamente benéfico. José Cretella Neto explica que a obrigação de consultar a outra parte antes de apresentar um caso junto à OMC pode ser equiparada a uma das “condições da ação” para o ingresso no MSC³⁹.

A fase de consultas está prevista no artigo 4º do ESC e pode se estender até um prazo de 60 dias. Nessa etapa é feita a solicitação de consultas perante a parte supostamente infratora, bem com a notificação do OSC.⁴⁰ Segundo o artigo 4.2 do ESC, cada Estado-Membro deve “examinar com compreensão a argumentação apresentada por outro Membro e conceder oportunidade adequada para consulta [...]”⁴¹. Welber Barral esclarece que esta fase é uma “herança da tradição diplomática do GATT-47” e que tem ganhado grande importância processual, já que o MSC já decidiu que questões não examinadas na fase de consultas não podem ser suscitadas posteriormente.⁴²

Ressalta-se também que o artigo 5 do ESC preconiza que os mecanismos alternativos para solução de controvérsias como bons ofícios, mediação e conciliação podem ser adotados a qualquer momento voluntariamente pelas Partes. Antonio José Iatarola *et al.* lembram que, mesmo não estando prevista no ESC, a negociação encontra-se claramente implícita no princípio de solução pacífica dos conflitos que permeia este artigo.⁴³

Ademais, pontua-se que o artigo 25 do ESC inovou ao prever a possibilidade dos membros da OMC recorrerem à arbitragem existindo mútuo acordo. Trata-se de um meio alternativo de solução de controvérsias que também se subsume ao procedimento de supervisão das decisões proferidas pelos painéis⁴⁴.

Em seguida, inexitosa a composição, o membro demandante deve requerer ao OSC que este estabeleça um painel para a controvérsia. Os painéis são normalmente compostos de três pessoas, conforme prescreve o artigo 8.5 do ESC, salvo se as partes concordarem, no prazo de 10 dias depois do estabelecimento do painel, com uma composição de cinco painelistas.

André Lipp Pinto Basto Lupi explica que “é a parte reclamante que estabelece os limites da cognição do painel, elegendo os termos de referência e apontando as medidas ou

³⁹ NETO, 2003, p.109.

⁴⁰ IATAROLA, Antonio José et al. Solução de Controvérsias e Barreiras Comerciais. In: MORINI, Cristiano; SIMÕES, Regina Célia Faria; DAINEZ, Valdir Iusif (Org.). *Manual de comércio exterior*. 2. ed. Campinas: Alínea, 2011. Cap. 8. p. 189-228, p. 201.

⁴¹ Art. 4.2 do ESC.

⁴² BARRAL, 2004, p. 38-39.

⁴³ IATAROLA et al., op.cit., p. 201.

⁴⁴ LUPI, 2001, p. 166.

ações objeto de reclamação e as normas dos acordos abrangidos que foram violadas [...]”⁴⁵. Welber Barral compara essa etapa ao despacho saneador⁴⁶ no qual são fixados os pontos controvertidos⁴⁷.

Após a delimitação da disputa, inicia-se a oitiva das partes envolvidas e dos terceiros interessados⁴⁸ e a produção de provas.⁴⁹ Antonio José Iatarola *et al.*, ao discutir as atribuições do painel, elencam as seguintes:

- a. Examinar à luz das disposições dos Acordos da OMC, a matéria submetida à sua consideração nos termos constantes da solicitação de seu estabelecimento, verificando e estabelecendo os fatos relevantes ao caso.
- b. Interpretar o direito invocado, emitindo decisão, conclusões, determinações e recomendações, através de relatório preliminar e relatório final.⁵⁰

Com o intuito de organizar os trabalhos de apreciação do caso pelo painel, este deverá definir um calendário com prazos suficientes para as partes litigantes prepararem suas argumentações escritas e as apresentem perante os membros do painel, nos termos do disposto nos artigos 21.4 e 21.5 do ESC.

Adiciona-se que, durante os procedimentos do painel e devido à problemática complexa que envolve grande parte dos casos, é possível ainda que o painel designado procure recomendações técnicas de qualquer pessoa ou entidade, conforme artigo 13 do ESC.⁵¹ Toda essa fase do painel tem duração de aproximadamente 180 dias⁵².

Findos os procedimentos, os painéis terão 60 dias de prazo para submeterem suas conclusões e recomendações por meio de um relatório enviado ao Órgão de Solução de Controvérsias (OSC). Esse documento será enviado em seguida a todos os membros do conselho geral da OMC e sua adoção é praticamente automática, tendo em vista a regra do consenso negativo.⁵³ Isto é, se não existir consenso de todos os membros da OMC no sentido de não adotar a recomendação do painel, este é adotado.

⁴⁵ LUPI, 2001, p. 162.

⁴⁶ No processo civil brasileiro, o despacho saneador é o ato do juiz em que ele separa as questões controvertidas do mérito. Ele está previsto no Código de Processo Civil em seu artigo 357. BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 11 out 2017.

⁴⁷ BARRAL, 2004, p. 39.

⁴⁸ Quando o OSC é notificado do pedido de estabelecimento de um painel, os Estados-Membros interessados na disputa poderão se manifestar acerca desta.

⁴⁹ BARRAL, op. cit., p. 40.

⁵⁰ IATAROLA et al., 2011, p. 202.

⁵¹ BOSSCHE, 2008, p. 281.

⁵² Cf. art. 12.8 do ESC

⁵³ NETO, 2003, p.109-110.

Em seguida, é possível passar a mais um momento do procedimento no MSC. Com efeito, uma grande novidade ao cenário internacional trazida pelo mecanismo de resolução de controvérsias da OMC é a possibilidade de apelação consagrada no artigo 17 do ESC. Diferentemente dos painéis, que são órgãos *ad hoc*⁵⁴, o Órgão de Apelação (OA) é um tribunal permanente internacional⁵⁵. Ele é composto por sete membros que não podem ser afiliados a qualquer governo, indicados para um mandato de quatro anos⁵⁶. Esse órgão tem o poder de segurar, modificar ou reverter qualquer conclusão ou interpretação adotada pelo painel⁵⁷.

Segundo André Lipp Pinto Basto Lupi, “a criação do OA garantiu ao sistema da OMC uma credibilidade, assegurada uma maior ‘juridicização’ da atividade de solução de controvérsias”⁵⁸. De fato, quanto à sua competência, essa é claramente delimitada no ESC, em seu artigo 17.6, o qual preconiza que a apelação limita-se àquelas questões de direito abordadas no relatório do painel e às interpretações jurídicas feitas nele.

O procedimento no OA começa quando o Membro sucumbente na primeira parte da disputa decide apelar e três membros do OA são selecionados aleatoriamente para, no prazo de 90 dias, tomarem uma decisão sobre o caso disputado.⁵⁹ O relatório deste órgão é, conforme o artigo 17.14 do ESC, adotado e aceito sem restrições pelos Estados, caso não exista consenso negativo.

Sobre as implicações dessa adoção do relatório, José Cretella Neto explica que ela:

a) cria obrigações jurídicas para as partes em controvérsias, especialmente para aquela que violou um dos Acordos da OMC ou que tenha causado prejuízo ou anulação de benefício à outra; b) implica em que os demais Membros da OMC não devem sofrer diminuição em seus direitos como resultado da implementação das recomendações e decisões contidas no Relatório; c) significa que tampouco serão reduzidas as obrigações dos demais Membros da OMC em virtude do Relatório adotado; e d) estabelece prática a ser seguida por todos os Membros da OMC quanto à questão decidida.⁶⁰

Outro ponto sobre o qual é possível ponderar sobre o procedimento aqui descrito é o tempo despendido no processo de solução de controvérsias no âmbito da OMC. Isso porque,

⁵⁴ Órgãos *ad hoc* são órgãos criados para um fim específico. No caso da OMC, os painéis são criados com o propósito específico de julgar uma disputa determinada.

⁵⁵ Cf. art. 17.1 do ESC.

⁵⁶ Cf. arts. 17.2 e 17.3 do ESC.

⁵⁷ Cf. art. 17.13.

⁵⁸ LUPI, 2001, p. 165.

⁵⁹ VANGRASSTEK, 2013, p.240.

⁶⁰ NETO, 2003, 161.

como foi assinalado, os procedimentos, desde as consultas até e a adoção do relatório, têm o prazo máximo de 300 dias, aproximadamente 10 meses, se não houver apelação; e 390 dias, isto é, um pouco mais de 1 ano, se a parte reclamada apelar. Esta é, sem dúvida, uma das características mais importantes do sistema da OMC, já que a limitação temporal implica a solução de casos com uma notável celeridade.

Posteriormente a essa veloz fase jurisdicional do OSC, tem início a fase de implementação do relatório adotado ou da sentença arbitral, a qual se equivale ao primeiro em termos de supervisão pela OMC. No prazo de 30 dias da data de adoção do relatório de um painel ou do Órgão de Apelação, a parte perdedora deve informar ao OSC se aceita a implementação das decisões proferidas⁶¹. Se a adequação às recomendações não puder ser imediata, será concedido “prazo razoável” para que a parte obedeça ao relatório.

Quanto ao termo “prazo razoável”, inexistindo acordo entre as partes litigantes sobre este, será obrigatória e vinculante uma arbitragem para definir este período, nos termos do artigo 21.3 (c) do ESC⁶². E, durante todo o decorrer do prazo estabelecido, o OSC terá o papel de supervisionar a implantação de suas recomendações, podendo qualquer Estado-Membro da OMC apontar qualquer objeção ao cumprimento da decisão⁶³.

Deste modo, existem três caminhos para o procedimento do ESC no que concerne a aplicação das decisões. O primeiro é o cumprimento voluntário das recomendações pelo país infrator, o qual é esperado imediatamente ou dentro do prazo razoável estabelecido. Ainda, é possível que a parte requerida aceite a decisão, mas se insurja quanto à forma que a decisão será aplicada. Neste caso, as partes podem tentar negociar ou iniciar um novo procedimento relativo à execução da recomendação⁶⁴.

Já o terceiro caminho, é a falta de cumprimento voluntário das recomendações do painel ou do OA, surgindo a possibilidade de medidas autorizadas pelo OSC para induzir a implementação dos relatórios⁶⁵, as quais serão tratadas na próxima divisão deste capítulo.

⁶¹ Cf. art. 21.3 do ESC.

⁶² LAFER, Celso. *Direito Internacional: Um percurso no direito no século XXI*. São Paulo: Atlas, 2015. 2 v, p. 113.

⁶³ Cf. art. 21.6 do ESC.

⁶⁴ O procedimento para a definição da forma de execução da decisão proferida pelo OSC ou pelo OA está previsto no artigo 21.5 do ESC.

⁶⁵ AMARAL, Renata Vargas. *Retaliação cruzada na OMC: Disciplina e desafios para o sistema multilateral de comércio*. 2012. 244 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012, p.90.

2.3 OS INSTRUMENTOS PARA INDUZIR CUMPRIMENTO DAS DECISÕES DO MSC

Conforme já pontuado, uma das inovações trazidas pelo Mecanismo de Solução de Controvérsias da OMC foi a possibilidade concreta de aplicação de medidas de coerção aos países que não respeitem as recomendações feitas pelo OSC.

Assinala-se que, na maior parte dos casos julgados no sistema da OMC, os países solicitados cumprem com as decisões do OSC no prazo determinado. Com efeito, eles o fazem com o intuito de preservar sua reputação como parceiros comerciais confiáveis⁶⁶. Robert Hudec aponta que, efetivamente, o que normalmente induz o cumprimento das decisões é: a força normativa dos julgamentos da OMC; a recíproca vantagem a longo tempo em se preservar a legitimidade do sistema de solução de controvérsias; os custos à reputação de um país advindos do não cumprimento de uma decisão internacional desfavorável; e a consciência do governo e da população do país solicitado de que a remoção de medidas inconsistentes com o sistema da OMC constitui uma “boa política”⁶⁷.

Todavia, nas exceções em que as recomendações não são acatadas devidamente pelos membros requeridos, o mecanismo da OMC traz novas alternativas em relação às soluções puramente diplomáticas do GATT.

Contudo, antes de passar à exposição destes meios de garantir o cumprimento das decisões previstos no ESC, destaca-se o papel dos meios diplomáticos *per se* no cenário internacional econômico, os quais ainda são, sem dúvida, os fatores dominantes de influência na conduta dos países. Ou seja, apesar de os instrumentos seguintes constituírem um grande diferencial do mecanismo da OMC e serem muitas vezes importantes para assegurar o cumprimento das decisões, eles estão inseridos no cenário mundial em que o jogo de poderes entre os países é a força prevalecente.

Logo, insta compreender que a diplomacia não é substituída por esses instrumentos do sistema jurisdicional da OMC, mas sim, complementada. Nesse sentido, Trevor Lawson afirma que “[...] a distinção entre a jurisdicionalização e a diplomacia é falsa. Os tradicionais conceitos diplomáticos de negociação, consultas e compromissos na verdade florescem sob

⁶⁶ BROWN, Andrew G.; STERN, Robert M.. Issues of Fairness in Dispute Settlement. In: HARTIGAN, James C. (Ed.). *Trade Disputes and the Dispute Settlement Understanding of the WTO: An Interdisciplinary Assessment*. Norman: Emerald Group Publishing Limited, 2009. Cap. 2. p. 33-72. (Frontiers of Economics and Globalization), p.66.

⁶⁷ HUDEC, Robert E.. The Adequacy of the WTO Dispute Settlement Remedies: A developing Country Perspective. In: HOEKMAN, Bernard; MATTOO, Aaditya; ENGLISH, Philip (Ed.). *Development, Trade and the WTO: A handbook*. Washington: The World Bank, 2002. , p. 82-83. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/805981468763835259/pdf/297990018213149971x.pdf>>. Acesso em: 1 out. 2017.

um sistema jurisdicional bem desenvolvido de solução de disputas”⁶⁸. Deste modo, ao analisar os instrumentos de coerção do MSC, cumpre lembrar-se da relação intrínseca da diplomacia com o sistema multilateral de comércio.

Ressalvado esse ponto, observa-se que, na falha de resultados das negociações diplomáticas puras e na insistente desobediência à decisão do OSC, dois remédios específicos, chamados pelo ESC de contramedidas, podem ser autorizados: a compensação ou a retaliação, previstos em seu artigo 22. Destarte, ressalta-se que ambas as contramedidas são temporárias e não são substitutas à implementação de uma recomendação da OMC, consoante disposto no artigo 22.1 do ESC. São consideradas medidas de *ultima ratio* e os pedidos para autorização dessas contramedidas são submetidos a árbitros, de preferência os mesmos do painel original, cujas decisões são definitivas, conforme artigo 22.7 do ESC⁶⁹.

A primeira opção é a compensação, a qual consiste na concessão de benefícios pela parte infratora à parte solicitante, variando de compensações monetárias até concessões comerciais, que são feitas no intuito de alcançar um “consenso temporário até que o cumprimento total das recomendações do OSC ocorra”⁷⁰. Isto é, as partes negociam uma indenização ao Membro prejudicado pela atitude comercial contrária aos princípios da OMC até que o Estado faltoso consiga implementar a decisão proferida.

Esclarece-se que a compensação é voluntária e depende do acordo das partes. Esta “indenização” concerne somente aos danos os quais o país solicitante sofrerá até a adequação da outra parte à recomendação do OSC⁷¹ e deve ser condizente com o disposto nos acordos obrigatórios da OMC⁷². Esse “remédio”, apesar de ser pouco pactuado entre os litigantes, é importante porque concede às partes mais uma forma de negociação antes da medida mais radical prevista pelo ESC, isto é, a retaliação.

⁶⁸ LAWSON, Trevor. WTO Dispute Resolution: The Promotion of Diplomacy within an Adjudicative Model. *Dalhousie Journal Of Legal Studies*, Halifax, v. 6, p.321-346, 1997. Disponível em: <<https://ojs.library.dal.ca/djls/article/view/5571/5016>>. Acesso em: 1 out. 2017, p. 321. Tradução do original: “[...] the distinction between adjudication and diplomacy is false. The traditional diplomatic concepts of negotiation, consultation and compromise in fact flourish under a properly developed adjudication-based system of dispute resolution.”

⁶⁹ MAVROIDIS, Petros C. Remédios no Sistema Jurídico da OMC: entre um rochedo e um lugar difícil. In: DAL RI JÚNIOR, Arno. (org.); OLIVEIRA, Odete Maria de. (org.). *Direito Internacional Econômico em expansão: desafios e dilemas*. Ijuí: Uijuí, 2003, p. 299.

⁷⁰ AMARAL, 2012, p. 93.

⁷¹ A previsão de que a compensação deve ser referente apenas a danos posteriores à decisão é bastante criticada. Muitos autores sustentam a possibilidade de uma compensação retroativa, como forma de neutralizar as práticas “bate e corre” em que um país pratica atitudes contrárias aos princípios da OMC e somente quando da decisão decide cessar tais atitudes. Nesse sentido: MAVROIDIS, 2003, p. 265.

⁷² BOSSCHE, 2008, p.225.

A suspensão de concessões ou obrigações pela parte solicitante, comumente chamada de retaliação, trata-se do último recurso do mecanismo de solução de controvérsias da OMC para assegurar a conformidade com suas decisões. Ela permite que um país solicitante suspenda concessões comerciais ou obrigações previstas nos acordos da OMC com o intuito de afrontar o Estado inadimplente. Em outras palavras, a OMC, em caráter excepcional e visando a coagir um Membro, permite que outro Membro pratique contra aquele atos contrários aos princípios e deveres da organização que, em situações normais, caracterizariam prática repreensível e capaz de ensejar uma ação no OSC.

Diferentemente da compensação, a retaliação não é uma medida consensual e pode ser requisitada pelo Membro lesado ao OSC se decorrido o período razoável sem a efetivação do disposto no relatório do painel ou do OA.⁷³ Se autorizada pelo OSC, surge a discricionariedade do Estado solicitante de exercer ou não o direito que adquiriu de aplicar a medida⁷⁴.

A retaliação deve ser feita na medida da nulidade ou dano em questão, não podendo causar ao retaliado maiores prejuízos do que aqueles que foram causados ao retaliante pela conduta inadequada do primeiro, segundo o artigo 22.4 do ESC. Ademais, existem algumas obrigações que não podem ser suspendidas, de acordo com o artigo 22.5 do ESC. São as obrigações de quatro acordos: o Acordo de Marrakesh estabelecendo a OMC, o acordo sobre a implementação do artigo VI do GATT-94 (acordo antidumping), o acordo sobre a implementação do artigo VII do GATT-94 e o ESC⁷⁵.

Resumidamente, existem três tipos de retaliação: a retaliação paralela, a qual suspende concessões que dizem respeito ao mesmo setor econômico em que a nulidade ou dano foi percebido; a retaliação cruzada por setor, em que a suspensão de concessões ocorre em um setor diferente de um mesmo acordo; e a retaliação cruzada por acordo, chamada também apenas de retaliação cruzada, na qual a suspensão de concessões é feita em um acordo diverso. Dentre estas, a opção preferível é a retaliação paralela, sendo as outras usadas somente se a primeira opção não for praticável ou eficaz⁷⁶.

Assim, primeira e preferivelmente, a chamada retaliação paralela está prevista no artigo 22.3 (a) do ESC e permite a suspensão de concessões ou obrigações “relativas ao(s)

⁷³ BOSSCHE, 2008, p.226.

⁷⁴ TOLEDO, 200, p. 279.

⁷⁵ MITCHELL, Andrew D.; SALONIDIS, Constantine. David's Sling: Cross-Agreement Retaliation in International Trade Disputes. *Journal Of World Trade* 45, The Netherlands, v. 2, p.457-488, 2011, p. 466-467.

⁷⁶ MATSUSHITA; MAVROIDIS; SCHOENBAUM, 2006, p.119-120

mesmo(s) setor(es) em que o grupo especial⁷⁷ ou órgão de Apelação haja constatado uma infração ou outra anulação ou prejuízo⁷⁸. O “mesmo setor”, no caso, é um setor comercial abrangido pelo mesmo Acordo multilateral. Efetivamente, o artigo 22.3(f) especifica o que se entende por setor:

(i) no que se refere a bens, todos os bens; (ii) no que se refere a serviços, um setor principal dentre os que figuram na versão atual da "Lista de Classificação Setorial dos Serviços" que identifica tais setores⁷⁹; (iii) no que concerne a direitos de propriedade intelectual relacionados com o comércio, quaisquer das categorias de direito de propriedade intelectual compreendidas nas Secções 1, 2, 3, 4, 5, 6 ou 7 da Parte II, ou as obrigações da Parte III ou da Parte IV do Acordo sobre TRIPS.⁸⁰

Portanto, autorizada a retaliação, ela deve se restringir a um desses setores. Somente se uma parte considerar que a suspensão de concessões no mesmo setor seja impraticável ou ineficaz⁸¹, ela poderá partir para a retaliação cruzada por setor, a qual encontra respaldo no artigo 22.3 (b) do ESC. Esta, por sua vez, permite que a parte lesada suspenda obrigações ou concessões em setores diversos daquele onde ocorreu infração ou dano, desde que estes setores estejam abarcados dentro de um mesmo acordo multilateral da OMC.

Do mesmo modo que definiu setor, o ESC também elucida no seu artigo 22.3 (g) o que se entende por “acordo”, citando seus acordos multilaterais (Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT⁸²) e outros acordos sobre bens, Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços

⁷⁷ Algumas versões da tradução do ESC se referem aos “panels” como grupos especiais. Nesta monografia se usou a expressão painéis.

⁷⁸ Cf. art. 22.3. (a) do ESC.

⁷⁹ A classificação dos setores do GATS pode ser consultada em português no seguinte link: <http://www.mdic.gov.br/index.php/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/217-negociacoes-internacionais-de-servicos/1942-ni-classificacao-dos-setores-de-servicos>. Acesso em 01/10/2017

⁸⁰ Cf. art. 22.3. (f) do ESC.

⁸¹ Sobre a definição do que seria “impraticável ou ineficaz”, seus contornos não são claros. De fato, Mitchell e Salonidis (2011, p. 468) apontam para o fato de estes termos serem interpretados de forma divergente em diferentes casos. Realmente, a interpretação feita no caso EC-Bananas III conflita com aquela do contencioso US-Upland Cotton, por exemplo. O artigo 22.3.(d) do ESC tenta aclarar o sentido destes conceitos afirmando que “ao aplicar os princípios acima, a parte deverá levar em consideração: (i) o comércio no setor ou regido pelo acordo em que o grupo especial ou órgão de Apelação tenha constatado uma violação ou outra anulação ou prejuízo, e a importância que tal comércio tenha para a parte; (ii) os elementos econômicos mais gerais relacionados com a anulação ou prejuízo e as consequências econômicas mais gerais da suspensão de concessões ou outras obrigações”. Todavia ainda há pouca concretude na definição do que seria uma medida “inaplicável” ou “ineficaz”. Assim, consoante o artigo 22.3.(e) do ESC, os países que quiserem autorização para um tipo de retaliação diversa da paralela, devem indicar em seu pedido as razões que o fundamentam, esclarecendo porque a retaliação tradicional é ineficaz e inaplicável.

⁸² MDIC (Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior). GATT/97 – Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio.1994. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/1885-omc-acordos-da-omc>. Acesso em 10 out 2017.

(GATS⁸³) e Acordo sobre os aspectos dos direitos de propriedade intelectual (TRIPS⁸⁴)), bem como os acordos plurilaterais. Logo, essa retaliação pode ser implementada no âmbito do GATS no setor de serviços de saúde e sociais mesmo se a violação do país infrator se deu no setor de serviços de transporte, por exemplo.

Como última possibilidade de remédio do OSC, existe a retaliação cruzada por acordo, ou simplesmente retaliação cruzada, prevista no artigo 22.3 (c) do ESC. Novamente esta só pode ser aplicada caso o país solicitante considere que os demais tipos de retaliação são impraticáveis ou ineficazes. Há a necessidade também de se comprovar que as circunstâncias são sérias o suficiente para ingressar com essa contramedida⁸⁵.

Este tipo de retaliação, objeto do presente trabalho, permite que, na falta de alternativa eficaz, o Membro lesado retalie em um setor econômico mais proveitoso, não se limitando ao acordo previamente desrespeitado, o que dá um poder maior aos países solicitantes, como se verá nos próximos capítulos do presente trabalho.

Dessa forma, a retaliação cruzada distingue-se da retaliação tradicional já que seus requerimentos são mais específicos. O solicitante deve demonstrar que as circunstâncias são sérias o suficiente para a concessão da autorização de retaliação; provar que a retaliação tradicional não seria praticável ou efetiva no caso; e desenvolver um programa apropriado para a implementação dos meios retaliatórios⁸⁶.

Mais detalhes sobre essa especial e excepcional forma de retaliação serão trabalhados no próximo capítulo. Porém, antes de passar à análise deste singular instrumento de coerção, é preciso entender um pouco mais sobre a concretização das recomendações do OSC e os desafios encontrados quando saímos da abordagem teórica e investigamos a prática.

2.4 OS DESAFIOS PARA A EFETIVAÇÃO DAS DECISÕES DO OSC

Apesar de trazer imensas inovações e ser um dos sistemas jurisdicionais internacionais com maior reconhecimento, o mecanismo de solução de controvérsias da OMC não é livre de problemas e desafios. Conforme já foi explanado, a maior parte dos casos

⁸³ MDIC. GATS – Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços. 1994. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/1885-omc-acordos-da-omc>. Acesso em 10 out 2017.

⁸⁴ Idem. Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS). Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/1885-omc-acordos-da-omc>. Acesso em 10 out 2017.

⁸⁵ MAVROIDIS, 2003, p. 302.

⁸⁶ SINGH, Manoj K.. Cross Retaliations under the WTO-DSM. *Global Trade And Customs Journal*, The Netherlands, v. 8, n. 9, p.274-283, 2013, p. 279.

trazidos perante esse sistema é resolvida e os relatórios são respeitados adequadamente pelos Estados.

No entanto, a rara situação de desobediência às recomendações é aquela em que estão concentradas as maiores dificuldades do sistema. Renata Vargas Amaral fundamentadamente afirma ser a fase de implementação um dos temas mais sensíveis do elogiado mecanismo de solução de controvérsias da OMC. Pondera que o problema se encontra não apenas na dificuldade de implementação pelo Estado infrator, mas também na possível falta de responsabilização deste com vistas a induzir seu cumprimento⁸⁷.

Com efeito, os dois remédios indicados pelo ESC apresentam algumas falhas de execução que desafiam o sucesso do sistema jurisdicional da OMC. Destarte, quando se trata da compensação, como já indicado, as partes muito raramente utilizam esta medida, até porque segundo o artigo 22.2 do ESC, o prazo para as partes chegarem a um acordo sobre a compensação é somente de 20 dias. Essa pouca utilização da compensação, segundo Willian J. Davey, levanta duas questões importantes: se seria desejável a maior promoção dessa opção e como sua maior utilização poderia ser facilitada em termos práticos.⁸⁸ Respondendo aos questionamentos levantados, o autor discorre:

Eu acho que seria benéfico expandir o uso da compensação. Seria particularmente desejável para países em desenvolvimento se eles se encontrassem em uma situação em que a implementação dentro do tempo previsto não ocorreria e em que uma ação retaliatória não seria prática, como é normalmente o caso. Mesmo que eu entenda as preocupações de que isto seria equivalente a permitir países – particularmente países ricos- pagarem para se livrarem de obrigações, eu acho que, em geral, promover essa opção – que não seria um requerimento – seria útil.⁸⁹

Não obstante sua visão positiva da contramedida, o autor levanta um ponto importante: a possível transformação da compensação em uma forma de os países mais ricos “pagarem” para continuarem aproveitando das vantagens que a prática inadequada aos

⁸⁷ AMARAL, 2012, p.88.

⁸⁸ DAVEY, William J.. Compliance Problems in WTO Dispute Settlement. *Cornell International Law Journal*, Cornell, v. 42, n. 1, p.119-128, 2009. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1739&context=cilj>>. Acesso em: 1 out. 2017, p.122.

⁸⁹ Idibem, p. 122. Tradução do original: “*I think that it would be beneficial to expand the use of compensation. It could be particularly desirable for developing countries if they find themselves in a situation where timely implementation is not going to occur and retaliatory action is not practical, as is typically the case. Although I acknowledge concerns that this is tantamount to allowing countries-particularly rich countries-to buy their way out of obligations, I think that, on balance, promoting this option-which would not be a requirement-would be useful.*”

princípios da OMC lhes proporciona. De fato, Petros C. Mavroidis anotou que Pascal Lamy, o comissário da Comunidade Europeia à época e posterior diretor geral da OMC, em 2000 já havia declarado que “[no sistema da OMC] desde que você pague as multas, você pode continuar fazendo o mesmo”⁹⁰. Logo, percebe-se que, nesse sentido, a utilização da compensação apenas enfatizaria a já gritante discrepância econômica entre os países no sistema multilateral do comércio.

Ainda sobre a compensação, outra crítica que se pode fazer é a de que, mesmo que as partes entrem em acordo, não existem no mecanismo de solução de controvérsias instrumentos eficazes para garantir o pagamento ou implementação da compensação. Portanto, o problema de cumprimento que há atualmente neste sistema continuaria a existir⁹¹.

Em relação aos problemas da atual forma de compensação no sistema da OMC, muito já foi sugerido como possíveis soluções, como a compensação obrigatória, o foco na compensação monetária, a compensação retrospectiva, um processo arbitral para determinar o escopo da compensação, dentre outros⁹². Contudo, como o objeto deste trabalho é a retaliação, indicados alguns tópicos sobre a compensação, adentra-se naquele que é o ponto chave da discussão sobre a implementação das recomendações pela OMC. Isso porque a retaliação, mesmo sendo *ultima ratio*, é a contramedida normalmente utilizada quando existe um problema de cumprimento.

Conforme Andrew G. Brown e Robert M. Stern, desde que as áreas afetadas sejam escolhidas com cuidado para que a incidência da medida retaliatória caia fortemente em produtores ou consumidores politicamente articulados no país violador, a suspensão de concessões e obrigações conseguiria criar pressão interna neste para que cumpra as decisões impostas⁹³.

Contudo, como pontua Patrícia Toledo, “o sistema de retaliações da OMC está fortemente ligado ao poder econômico de cada país envolvido nas disputas”⁹⁴, assim não é tarefa fácil em todas as situações encontrar áreas que pressionem o país retaliado. Com efeito, as assimetrias econômicas dos membros da OMC trazem oportunidades diversas para estes

⁹⁰ MAVROIDIS, 2003, p. 311.

⁹¹ TOLEDO, 2005, p. 295.

⁹² Sobre o assunto de compensação, ver: BRONCKERS, Marco; BROEK, Naboth van Den. Financial Compensation in the WTO: Improving the remedies of WTO Dispute Settlement. *Journal Of International Economic Law*, [s.l.], v. 8, n. 1, p.101-126, 1 jan. 2005. Oxford University Press (OUP). <http://dx.doi.org/10.1093/jielaw/jgi006>; FUKUNAGA, Yuka. Securing Compliance Through the WTO Dispute Settlement System: Implementation of DSB Recommendations. *Journal Of International Economic Law*, [s.l.], v. 9, n. 2, p.383-426, 8 maio 2006. Oxford University Press (OUP). <http://dx.doi.org/10.1093/jiel/jgl007>.

⁹³ BROWN; STERN, 2009, p. 67.

⁹⁴ TOLEDO, op.cit., p. 286.

dentro do panorama mundial. E, apesar dos vários benefícios que os países menores⁹⁵ ganharam com o atual sistema multilateral do comércio, um dos pontos em que ainda se sente bastante as desigualdades desse sistema é na aplicação da contramedida prevista no artigo 22.3 do ESC.

Os países em desenvolvimento há muito já perceberam que quando o Estado requerente é um pequeno país e o requerido é mais poderoso⁹⁶, as contramedidas tradicionais como aumentar tarifas de importação do membro violador têm pouco ou nenhum efeito no comportamento da outra parte⁹⁷. Isto é, perdem qualquer caráter de coação, já que muito pouco influenciam no mercado e consequentemente pouco intimidam o país alvo dessas contramedidas.

Como exemplo, podemos pensar em uma disputa hipotética entre Estados Unidos e a Costa Rica. Os Estados Unidos, segundo dados da OECD (*Organisation for Economic Co-operation and Development*)⁹⁸, exportaram em 2016 o valor aproximado à U\$ 1.455.704.000.000,00 (1,4 trilhões de dólares) em bens e a Costa Rica importou U\$ 14.587.000.000,00 (14 bilhões de dólares) em bens. Assim, percebe-se a grande disparidade entre as duas economias, já que o valor de importações da Costa Rica de bens advindos não só do mercado americano, mas de todos os países corresponde a apenas 1% (um por cento) do montante que os Estados Unidos exportaram. Deste modo, se a Costa Rica considerasse suspender concessões comerciais e decidisse aumentar tarifas de importação, o efeito que tal medida teria no comércio estadunidense seria mínimo, não bastando para coagir o país infrator a cumprir com as recomendações feitas.

Ademais, ressalta-se que a Costa Rica não figura na lista da ONU (Organização das Nações Unidas) dos 47 países menos desenvolvidos⁹⁹, assim não se trata de situação extrema, mas sim comum em embates entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento. Nota-se ainda que, se nessas disputas a eficácia da retaliação já é consideravelmente limitada, na hipótese do solicitante ser parte do grupo de Estados menos desenvolvidos, meios retaliatórios são totalmente inócuos. A falta de poder destes membros mais fracos na disputa é inclusive

⁹⁵ Quando aqui forem utilizados os termos “pequeno”, “menor”, “maior” e “grande” referindo-se a países, considera-se a grandeza de sua capacidade e influência econômica e da sua participação no comércio internacional.

⁹⁶ Do mesmo modo, quando for tratado neste trabalho de poder dos países, refere-se ao seu poder econômico internacional e influência comercial internacional.

⁹⁷ BROWN; STERN, 2009, p. 67.

⁹⁸ Dados do site da OECD: OECD (2017), Trade in goods (indicator). doi: 10.1787/1ea6b5ed-en. Disponível em: <https://data.oecd.org/trade/trade-in-goods.htm#indicator-chart>. Acesso em: 15 out 2017.

⁹⁹ Lista da ONU atualizada até junho de 2017. Disponível em: https://www.un.org/development/desa/dpad/wp-content/uploads/sites/45/publication/ldc_list.pdf. Acesso 15 out 2017.

um dos fatores que reduz a sua participação no mecanismo de solução de controvérsias da OMC. Efetivamente, até 2006, eles haviam participado em apenas 0.8% (zero vírgula oito) por cento das disputas, sendo que Henrik Horn e Petros C. Mavroidis, ao analisarem este percentual, afirmaram que mesmo esse número já baixo exagera a participação destes países no OSC¹⁰⁰.

Além de a suspensão de concessões ou obrigações ser muitas vezes pouco eficiente em disputas entre países em desenvolvimento e países desenvolvidos, ela ainda pode representar um verdadeiro “tiro no pé” ao Estado solicitante. Andrew Mitchell e Constantine Salonidis explicam que a retaliação convencional poderia criar um efeito bumerangue em mercados com baixa capacidade produtiva e significativa dependência econômica, já que o aumento nas tarifas pode fazer com que produtos fiquem mais caros; consumidores nacionais sejam forçados a optar por provedores alternativos; investimento direto estrangeiro seja dirigido a outro país; desemprego aumente; e os mantimentos sejam reduzidos; tudo isso enquanto exportadores continuem a sofrer as medidas protecionistas que geraram a disputa¹⁰¹.

Esta situação fica clara ao analisarmos o argumento utilizado por Antígua e Barbuda para explicar porque a retaliação tradicional seria prejudicial à sua economia:

Os recursos naturais de Antígua e Barbuda são insignificantes e, como resultado, não apenas as exportações do país são limitadas (aproximadamente US\$ 4,4 milhões por ano para os Estados Unidos), mas Antígua e Barbuda são obrigadas a importar uma quantidade substancial de bens e serviços necessários e usados pelas pessoas do país. Em uma base anual, aproximadamente 48,9% desses bens e serviços importados provêm de fornecedores de fontes únicas localizados nos Estados Unidos. A imposição de tarifas de importação adicionais sobre produtos importados dos Estados Unidos ou as restrições impostas à prestação de serviços pelos Estados Unidos por Antígua e Barbuda terão um impacto negativo desproporcional em Antígua e Barbuda, tornando esses produtos e serviços significativamente mais caros para os cidadãos do país. Dada a grande diferença entre as economias dos Estados Unidos e Antígua e Barbuda, direitos ou restrições adicionais sobre as importações de bens e serviços dos Estados Unidos teriam um impacto negativo muito maior em Antígua e Barbuda do que nos Estados Unidos¹⁰².

¹⁰⁰ HORN, Henrik; MAVROIDIS, Petros C.. The WTO Dispute Settlement System 1995-1006: Some Descriptive Statistics. In: HARTIGAN, James C. (Ed.). *Trade Disputes and the Dispute Settlement Understanding of the WTO: An Interdisciplinary Assessment*. Norman: Emerald Group Publishing Limited, 2009. Cap. 1. p. 3-32. (Frontiers of Economics and Globalization), p. 6.

¹⁰¹ MITCHELL; SALONIDIS, 2011, p. 462-463.

¹⁰² OMC. WT/DS285/22. Tradução do original: “*The natural resources of Antigua and Barbuda are negligible and as a result not only are the country's exports limited (approximately US \$4.4 million annually to the United States) but Antigua and Barbuda is required to import a substantial amount of the goods and services needed and used by the people of the country. On an annual basis, approximately 48.9 per cent of these imported goods and services come from single source providers located in the United States. The imposition of additional import duties on products imported from the United States or restrictions imposed on the provision of services from the*

De fato, explica Petros C. Mavroidis que “as contramedidas significam efetivamente exclusão (ou difícil acesso) dos mercados. [Assim,] Por definição, os países dependentes do comércio internacional devem sofrer mais”¹⁰³. E, quando se fala de disputas entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, sabe-se, por exemplo, que “os mercados da CE [(Comunidade Europeia)] e dos EUA (por causa de seu significativo tamanho e da alta renda dos consumidores que neles vivem) não são facilmente substituíveis”¹⁰⁴, logo qualquer limitação a esses mercados por outros países traz inúmeros efeitos negativos ao país retaliante.

Desta forma, evidencia-se que, nos casos em que as partes das disputas possuem uma disparidade econômica significativa, a retaliação traz ao país praticante com menos poder econômico um ônus demasiado, anulando qualquer benefício desta prática. Logo, a adoção desta medida é inviabilizada em muitos casos.

Ademais, Renata Amaral lembra que “o sistema de retaliação da OMC é basicamente um instrumento político de pressão e como tal, para ser eficiente, a retaliação comercial deve apresentar uma ameaça crível”¹⁰⁵. Significa que uma das maiores vantagens da previsão de meios retaliatórios pelo ESC é a possibilidade de utilizar-se da ameaça dessa medida para alcançar uma melhor posição de negociação. Isso porque a suspensão de concessões e obrigações é uma medida extremamente complexa que pode causar muitos danos tanto ao mercado de um Estado, conforme já explanado, quanto à reputação daquele, já que a retaliação é vista em geral no cenário internacional como péssima política¹⁰⁶.

Por conseguinte, o ideal é que o pedido de autorização dessa medida sirva apenas como ameaça para coagir a outra parte. No entanto, como já visto que a retaliação contra países desenvolvidos por países em desenvolvimento tem poucos efeitos e pode causar muitos prejuízos aos últimos, estes não conseguem criar uma ameaça crível de que realmente tomarão essa medida, sendo visível o blefe do Estado solicitante.

Todavia, mesmo com todos esses desafios, não é possível afirmar que o sistema de solução de controvérsias da OMC é totalmente ineficiente para os países em desenvolvimento,

United States by Antigua and Barbuda will have a disproportionate adverse impact on Antigua and Barbuda by making these products and services materially more expensive to the citizens of the country. Given the vast difference between the economies of the United States and Antigua and Barbuda, additional duties or restrictions on imports of goods and services from the United States would have a much greater negative impact on Antigua and Barbuda than it would on the United States.”

¹⁰³ MAVROIDIS, 2003, p.310.

¹⁰⁴ Ibidem, p.310.

¹⁰⁵ AMARAL, 2012, p. 119.

¹⁰⁶ MAVROIDIS, op. cit., p. 311.

pois se deve lembrar que a maioria dos conflitos são resolvidos sem problemas de cumprimento e os métodos para assegurar o implemento das recomendações, apesar de favorecerem membros mais poderosos da OMC, ainda são importantes instrumentos para todos no sistema multilateral do comércio. De fato, no próximo capítulo, o trabalho passará a abordar uma das modalidades de retaliação que surge com a promessa de conceder maiores poderes aos países em desenvolvimento e diminuir as famosas “*power politics*” presentes na organização internacional.

Esse subcapítulo demonstra que ainda há muito a ser desenvolvido no tocante ao cumprimento das decisões neste sistema jurisdicional internacional. Como bem sustenta Renata Amaral, “ainda que seja absolutamente verdade que ter um sistema legal de solução de conflitos como o da OMC seja melhor que não ter nenhum sistema, a falta de remédios mais efetivos durante a fase de implementação compromete melhores resultados”¹⁰⁷.

Portanto, discutidos nesse capítulo a criação da OMC e seu mecanismo de solução de controvérsias, o funcionamento deste, os instrumentos para induzir a execução de suas decisões e os desafios desse cumprimento, passa-se a investigar mais detalhadamente o mecanismo da retaliação cruzada como forma mais adequada¹⁰⁸ para induzir o cumprimento das recomendações, em especial no caso de países em desenvolvimento em litígio.

¹⁰⁷ AMARAL, 2012, p.120.

¹⁰⁸ Explica-se que, como “forma mais adequada” entende-se a contramedida que resultar em maiores taxas de cumprimento depois de sua aplicação. Isto é, entende-se para fins desse trabalho que o remédio é mais adequado quando sua aplicação resulta no cumprimento da parte que se recusava a implementar a recomendação da OMC.

3 A EFICÁCIA DA RETALIAÇÃO CRUZADA DENTRO DO SISTEMA DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA OMC NO ÂMBITO DO TRIPS

Como já foi averiguado, o mecanismo de solução de controvérsias da OMC possui algumas dificuldades e desafios estruturais que podem obstar a efetivação das decisões por ele proferidas, principalmente no que concerne a dissensos de países em desenvolvimento com países desenvolvidos, tendo em vista a clara assimetria de poder. Como uma forma de solução para esse cenário, enxergou-se no procedimento excepcional e específico do artigo 22.3 (c) do ESC uma arma política mais enfática para induzir o cumprimento das recomendações por países que se recusam a segui-las espontaneamente.

Esse capítulo visa a discutir as vantagens dessa especial forma de suspensão de concessões, notadamente quando envolve a área dos direitos de propriedade intelectual, bem como pontuar as suas críticas. Ainda, pretende-se analisar dois dos três casos em que a retaliação cruzada foi autorizada, quais sejam *EC-Bananas III* e *US-Gambling*, sendo que o terceiro, *US-Upland Cotton*, será objeto específico do capítulo 4.

3.1 AS PECULIARIDADES DA RETALIAÇÃO CRUZADA

A retaliação cruzada, como já mencionado no capítulo anterior, é uma contramedida do mecanismo de solução de controvérsias da OMC prevista no artigo 22.3.(c) do ESC. Ela consiste na possibilidade de o país requerente suspender concessões ou obrigações comerciais para com o réu, referentes a um acordo diverso daquele no qual se encontrou a infração ou nulidade.

Rememora-se que esta espécie de retaliação é medida de *ultima ratio*, sendo que os outros tipos de suspensões de concessões e obrigações dos artigos 22.3.(a) e 22.3.(b) do ESC devem sempre ser preferidos quando aplicáveis e eficazes. Deste modo, para que a retaliação cruzada seja autorizada, é preciso que as outras formas de suspensão de concessões e obrigações sejam ineficazes e inaplicáveis, bem como é necessário que as circunstâncias sejam sérias o suficiente para a utilização desta medida.

Não obstante os conceitos de “aplicável” e “eficaz” serem abertos e já terem sido aplicados de forma contraditória pelo OSC¹⁰⁹, Frederick Abbott, um dos autores expoentes quando se trata de retaliação cruzada, afirma que “a inabilidade de um país em

¹⁰⁹ Ver nota de rodapé nº.77.

desenvolvimento para induzir o cumprimento de uma decisão do MSC por falta de um mercado doméstico de tamanho suficiente deve ser o bastante para constituir as bases de inaplicabilidade e ineficácia da suspensão nos acordos GATT e GATS”¹¹⁰.

Ainda, o índice analítico disponível no site da OMC, ao tratar dos termos citados, ressalta o entendimento dos árbitros¹¹¹ no caso *EC-Bananas III (Ecuador)* que deu à “aplicável” uma conotação de “disponível” e “adequado” e entendeu “eficaz” como “poderoso em seu efeito”, “que causa uma forte impressão” e “que tem um efeito ou resultado”¹¹².

Logo, demonstrando satisfatoriamente que o país demandante não tem capacidade de arcar com os custos e consequências das sanções impostas envolvendo um mesmo acordo e que estas não terão resultado, é possível pleitear a suspensão envolvendo outro acordo.

Ademais, as “circunstâncias suficientemente sérias” referidas no artigo 22.3.(c) do ESC também têm seu sentido pouco determinado. Com efeito, o painel arbitral do caso *US-Gambling* reconheceu que o artigo 22.3.(c) não fornece qualquer orientação sobre como esse requisito deve ser entendido e que, portanto, a seriedade das circunstâncias deve ser analisada caso a caso. Desta forma, os fatos narrados pelos Estados retaliantes devem permitir que eles demonstrem aos painéis a seriedade das circunstâncias no pleito de concessão da retaliação cruzada¹¹³.

Toda essa discussão sobre os requisitos para a concessão de autorização é feita durante procedimentos do MSC que se desenrolam somente a partir da fase de

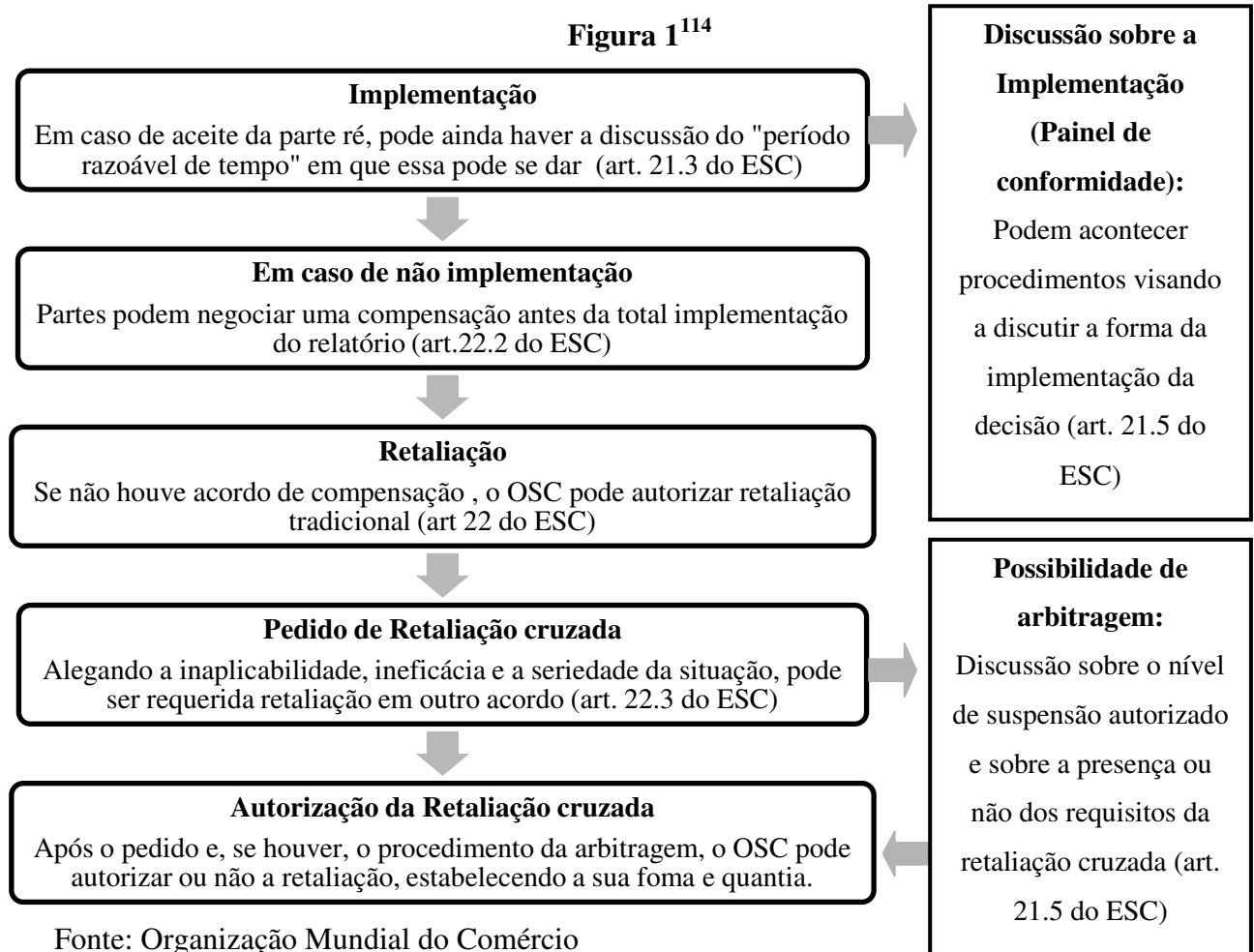
¹¹⁰ ABBOTT, Frederick M.. Cross-Retaliation in TRIPS: Options for Developing Countries. *Ictsd Programme On Dispute Settlement And Legal Aspects Of International Trade*, Genebra, n. 8, p.1-70, 2009, p. 10. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1415802>>. Acesso em: 29 out. 2017. Tradução do original: The inability of a developing country to induce compliance with a DSB ruling because of a lack of sufficient domestic market size should be sufficient to constitute grounds of ineffectiveness or impracticability in the suspension of concessions under the GATT or GATS.

¹¹¹ Esse entendimento dos árbitros foi registrado durante o procedimento descrito no art. 22.6 do ESC. Esse artigo permite que o membro afetado por uma autorização de retaliação impugne o grau de suspensão proposto ou sustente que não foram observados os princípios e procedimentos estabelecidos no art. 22.3(b) ou (c) do ESC. Neste caso será formado um grupo especial para realizar um procedimento de arbitragem que deverá analisar a situação e decidir sobre o assunto no prazo máximo de 60 dias após a data de expiração do prazo razoável para a implementação das recomendações do MSC. Ademais, pontua-se que, durante a realização desta arbitragem, as concessões e obrigações não deverão ser suspensas pelo país reclamante. No caso do *EC-Bananas III*, a EC insurgiu-se sobre o pleito do Equador de retaliação cruzada afirmando que este não havia provado a ineficácia e inaplicabilidade da suspensão de concessões tradicional. Desta forma, instaurou-se o painel arbitral.

¹¹² Informações retiradas do “*WTO Analytical Index: Dispute Settlement Understanding*” do site da OMC. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/dsu_08_e.htm#article22B5. Acesso em: 29/10/2017.

¹¹³ SEBASTIAN, Thomas. The law of permissible WTO retaliation. In: BOWN, Chad P.; PAUWELYN, Joost (Ed.). *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 89-127, p. 122-123.

implementação. O esquema abaixo descreve os procedimentos possíveis após a decisão final do órgão jurisdicional da OMC.



Apesar dos vários requisitos e trâmites para sua autorização, alguns autores, como Abbott e Pauwelyn, mostraram entusiasmo sobre essa disposição, referenciando-se a ela como uma possível solução para alguns dos problemas das contramedidas tradicionais¹¹⁵. Isso porque a retaliação cruzada permite aos países vencedores uma maior discricionariedade para retaliarem em acordos que afetem mais efetivamente os países sucumbentes sem prejudicar os primeiros. Ou seja, os países, em especial os em desenvolvimento, quando diante de uma situação em que uma contramedida convencional não surtiria efeitos na outra parte e

¹¹⁴ O esquema foi elaborado com base na figura constante da seguinte fonte: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Understanding the WTO*. 5. ed. Genebra: World Trade Organization Information And External Relations Division, 2015, p.59. Disponível em: <https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/understanding_e.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2017.

¹¹⁵ Ver ABBOTT, 2009 e BOWN, Chad P.; PAUWELYN, Joost (Ed.). *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

provavelmente causaria muitos danos à economia interna do retaliante, podem escolher outra área mercantil do país réu na qual a suspensão causará danos mais severos e atingirá indivíduos e indústrias mais poderosos, bem como não influenciará tanto no mercado doméstico do país requerente.

Com efeito, Bryan Mercurio esclarece que a possibilidade de utilizar a retaliação cruzada no lugar da retaliação tradicional é especialmente importante para países pequenos e em desenvolvimento por três motivos: (i) o fato de importações em um setor ou acordo poderem não ser grandes o bastante para que sua alteração cause algum impacto à outra parte; (ii) a relação assimétrica que países menores e Estados em desenvolvimento têm com grandes nações mercantis; e (iii) o fato de que essas menores nações dependem de algumas importações de grandes potências econômicas e aumentar as barreiras econômicas diminuiria o fornecimento de alguns produtos e/ou aumentaria o preço destes bens para produtores e consumidores locais¹¹⁶. Assim, esses problemas da suspensão de concessões convencional seriam abrandados com o poder de escolha e a possibilidade de elaborar um melhor plano de ação que somente a retaliação cruzada proporciona.

Deste modo, consoante expôs Renata Amaral, é importante que o Estado requerente reflita sobre a estratégia retaliatória, buscando os setores comerciais domésticos mais sensíveis do país em desconformidade, os quais possuam um grande apelo político, com intuito de maximizar a pressão no governo. Concomitantemente, deve-se ponderar sobre os setores em que a suspensão de obrigações e concessões causaria menores efeitos negativos ao próprio mercado interno¹¹⁷.

A possibilidade de poder melhor escolher uma estratégia de “ataque” ao país infrator e ganhar uma posição de negociação mais destacada é a razão deste instrumento ser particularmente benéfico aos países em desenvolvimento, que sofrem com as assimetrias de poder existentes na OMC. De fato, a suspensão de concessões e obrigações teria, na teoria, uma “finalidade precípua de valorização do sistema multilateral de comércio”¹¹⁸.

Logo, tendo a retaliação cruzada essa finalidade de combater as chamadas *power politics* do sistema econômico internacional, muitos autores se empenharam a teorizar sobre

¹¹⁶ MERCURIO, Bryan. Retaliatory Trade Measure in the WTO Dispute Settlement Understanding. In: HARTIGAN, James C. (Ed.). *Trade Disputes and the Dispute Settlement Understanding of the WTO: An Interdisciplinary Assessment*. Bingley: Emerald Group Publishing Limited, 2009. Cap. 16. p. 397-442. (Frontiers of Economics and Globalization), p. 428.

¹¹⁷ AMARAL, 2012, p.141.

¹¹⁸ ARBIX, Daniel do Amaral, NETO, Abrão Árabe. *Retaliação Cruzada em Propriedade Intelectual: alternativa para uma atuação mais eficaz dos países em desenvolvimento no sistema de solução de controvérsias da OMC*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v.103. São Paulo, 2008, p.761.

suas vantagens e benefícios para os países em desenvolvimento e com menor poder econômico. Todavia, o foco principal é na retaliação cruzada envolvendo o TRIPS, acordo multilateral sobre direitos da propriedade intelectual, já que é no campo de propriedade intelectual que o cenário mais positivo para países em desenvolvimento é concebido, tendo em vista que o risco para os países desenvolvidos é efetivo.

Verifica-se que as demandas dos países em desenvolvimento envolvem normalmente infrações ao GATT ou a outros acordos sobre os bens. Deste modo, esse Estado teria a opção de retaliar no âmbito do GATS ou do TRIPS. Contudo, Arthur E. Appleton, em artigo que analisa a retaliação cruzada no setor de serviços (GATS), não tem visão positiva dessa modalidade de retaliação cruzada. O autor afirma que, na maioria dos casos, essa contramedida não seria suficiente para persuadir o membro infrator a adequar-se aos acordos da OMC e também faria com que os membros em desenvolvimento sofressem prejuízos. No entanto, em suas conclusões, ele acredita que, com a suspensão de concessões feita no TRIPS, há grande probabilidade de atingir os países desenvolvidos, como será melhor abordado no tópico a seguir¹¹⁹.

Logo, como a retaliação cruzada no âmbito dos direitos da propriedade intelectual é aquela que suscita maior discussão e é o objeto deste trabalho, passa-se desde logo a tratar mais profundamente deste assunto no próximo tópico.

3.2 A RETALIAÇÃO CRUZADA ENVOLVENDO O TRIPS

Como mencionado, a previsão do artigo 22.3(c) do ESC autoriza a suspensão de concessões e obrigações em acordos diferentes daqueles em que foi contestada a nulidade ou infração. Contudo, apesar de ser uma previsão aberta que permite a retaliação em qualquer outro acordo diverso do inicialmente objeto de discussão, ela normalmente é tratada pelos autores com foco na possibilidade de atingir a proteção do TRIPS, isto é, a proteção dos direitos da propriedade intelectual (DPI).

Curiosamente, Sherzod Shadikhodjaev lembra que a previsão sobre retaliação cruzada foi incluída no esboço do ESC por pedido dos países desenvolvidos, os quais acreditavam que, em caso de violações em seus DPI por países em desenvolvimento, a suspensão de

¹¹⁹ APPLETON, Arthur E.. Suspension of Concessions in the Services Sector: Legal, Technical and Economic Problems. *Ictsd Dispute Settlement And Legal Aspects Of International Trade*, Genebra, n. 7, p.1-54, p.33.34, mar. 2009. Disponível em: <https://www.ictsd.org/downloads/2009/04/suspension_of_concessions_in_the_services_sector2.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2017.

concessões na área de bens e serviços (GATT e GATS) seria mais efetiva para inibir os infratores do que aquela no âmbito do TRIPS¹²⁰. Contudo, ironicamente, até hoje essa contramedida só foi autorizada em três casos, todos envolvendo países em desenvolvimento como requerentes contra países desenvolvidos¹²¹. Isso porque os países em desenvolvimento utilizam a lógica inversa, acreditando que a suspensão de concessões no âmbito do TRIPS é mais efetiva para inibir infrações principalmente ao GATT, mas também ao GATS.

O TRIPS¹²², conforme já pontuado, é o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio. Ele traz sete principais categorias de propriedade intelectual, que tem seus níveis mínimos de proteção regulamentados pelo instrumento, quais sejam: (i) os direitos de autor e direitos conexos; (ii) as marcas de fábrica ou de comércio; (iii) indicações geográficas; (iv) desenhos e modelos industriais; (v) patentes; (vi) esquemas de configuração de circuitos integrados; e (vii) proteção do segredo industrial¹²³. Esse acordo também trata dos procedimentos e remédios disponíveis para a execução dos DPI e traz alguns princípios básicos para a aplicação desses direitos¹²⁴.

Sobre o TRIPS, Renata Amaral anota que:

ainda que os padrões de proteção não estabeleçam barreiras comerciais, eles certamente contribuem para a lacuna entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, uma vez que os últimos não têm o mesmo nível de avanço tecnológico, nem condições de conhecimento e econômicas para investir na sua própria riqueza intelectual¹²⁵.

Assim, a atratividade da retaliação no TRIPS advém do fato de países em desenvolvimento serem consideráveis importadores de propriedade intelectual e de que os maiores titulares de DPI estão em países desenvolvidos e possuem grande força e influência política¹²⁶.

Na visão de Frederick Abbott, a ideia da retaliação é que, logo que autorizada, esta afetará operadores comerciais privados do país requerido, os quais exercitarão sua influência junto ao governo com o intuito de solucionar a questão de cumprimento da decisão da OMC

¹²⁰ SHADIKHODJAEV, Sherzod. *Retaliation in the WTO Dispute Settlement System*. Alphen Aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2009, p.67.

¹²¹ Os três casos autorizados foram *EC-Bananas III*, *US-Gambling* e *US-Upland Cotton*.

¹²² Sigla em inglês de “*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*”.

¹²³ DAL RI JÚNIOR, 2003, p. 139.

¹²⁴ Informações disponíveis no site da OMC: https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/intel2_e.htm. Acesso em 12 out 2017

¹²⁵ AMARAL, 2012, p. 146.

¹²⁶ MERCURIO, 2009, p. 428.

para evitar os efeitos que a suspensão de concessões ou obrigações poderia lhes trazer¹²⁷. Siyu Ye explica:

De um modo geral, a retaliação cruzada pode ser uma ferramenta poderosa para induzir o cumprimento. A idéia é punir os comerciantes privados inocentes em diferentes indústrias do país descumpridor, fazendo com que uma força de lobby coloque o governo sob pressão política significativa para que este remova a medida inconsistente. Indiscutivelmente, forças lobbista múltiplas em diferentes áreas são muito mais fortes que aquela da retaliação convencional, a qual se limita à indústria de bens. Os comerciantes privados afetados estarão, naturalmente, dispostos a dedicar tempo e esforços para resolver a disputa de forma pacífica (ou seja, chegar a um acordo ou mesmo pagar uma compensação), pois o seu resultado está intimamente ligado à sua capacidade de evitar o efeito de uma medida de retaliação.¹²⁸

Com efeito, Abbott explica que os DPI concedem ao seu titular o direito de excluir terceiros do mercado. Logo, a suspensão da sua proteção afeta esses titulares estrangeiros, os quais tem sua renda reduzida, limitando o fluxo financeiro destinado ao país retaliado e criando uma pressão interna para a implementação das recomendações¹²⁹.

Observa-se, ainda, que o Estado retaliante, com o uso desta contramedida, reduz a sua despesa com pagamentos de DPI, sem aumentar preços para os seus consumidores domésticos ou causar impactos nos produtores nacionais. O efeito de se aumentar tarifas em bens acaba ricocheteando no aumento de preços do mercado interno e atingindo os consumidores nacionais; ao contrário, a retaliação por meio de suspensão de concessões ligadas ao TRIPS não acarreta essa consequência. Nessa perspectiva, Abbott afirma que essa medida é, sem dúvidas, preferível de um ponto de vista econômico à alternativa de aumentar tarifas em bens ou restringir o acesso ao mercado de serviço do país¹³⁰.

No mesmo sentido, Vikas Nanjundappa Mahendra adiciona que, enquanto as formas tradicionais de retaliação baseiam seu sucesso em grande parte no dano monetário que causam ao Estado alvo, o mecanismo de suspensão envolvendo o TRIPS combina esse dano com uma

¹²⁷ ABBOTT, 2009, p. 10.

¹²⁸ YE, Siyu. *The Legal Analysis of the Cross-Retaliation Under the WTO Framework. Llm Paper Of The Program 'master Of Advanced Studies In European Law'*, Ghent, p.1-50, 2012. Disponível em: <https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/061/021/RUG01-002061021_2013_0001_AC.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017, p.28. Tradução do original: “Generally speaking, the cross-retaliation could be a powerful tool to induce compliance. The idea is to punish innocent private traders in different industries of the non-complying country, whereby the lobbying force will place the government under significant political pressure in order to remove the inconsistent measure. Arguably, multiple lobby force with a diversified background is much stronger than that of the conventional retaliation, which is confined to goods industry. Those affected private traders are of course willing to devote time and efforts to solving the dispute peacefully (i.e. reach a settlement or even pay compensation) as the outcome closely links to their ability to avoid the effect of a retaliatory measure”.

¹²⁹ ABBOTT, op. cit., p. 11.

¹³⁰ Ibidem, p. 11-12.

força sutil que o torna mais efetivo que o puro prejuízo monetário. Isso porque os DPI são historicamente um dos bens mais apreciados pelas nações mais avançadas, assim o impacto nesses direitos afeta indústrias-chaves destes países as quais podem exercer pressão política necessária nos governos para evitar essas suspensões ou, se já existentes, removê-las o mais rápido possível¹³¹.

Ademais, é importante pontuar que a suspensão de obrigações do TRIPS pode ser economicamente benéfica aos consumidores domésticos do país requerente, já que proporciona acesso a produtos de entretenimento e a novas tecnologias por um preço inferior¹³². Com efeito, Subramanian e Watal afirmam que nesse caso a retaliação no TRIPS genuinamente aumenta o bem-estar (*welfare*) no país. Consequentemente, a retaliação, que é muito comumente referida com um “tiro no próprio pé”, torna-se um “tiro no pé de outra pessoa”¹³³.

Como exemplo de situação benéfica que pode surgir de uma suspensão das concessões do TRIPS, pode-se pensar na situação de um país passar a legalmente produzir e distribuir medicamentos para o combate à AIDS ou outras doenças, beneficiando consideravelmente sua população sem a necessidade de pagar a remuneração ao titular dos DPI e ao mesmo tempo coagir o país adversário a cumprir a decisão em seu favor¹³⁴.

Ainda, um ponto significativo a ser discutido sobre a retaliação cruzada é a importância e vantagem da pura ameaça desta medida. De fato, em publicação recente, Sarah R. Wasserman Rajec pontuou que o benefício potencial de remédios severos como a retaliação cruzada é a que sua ameaça garante o cumprimento sem implicar na realização de

¹³¹ MAHENDRA, Vikas Nanjundappa. Cross Retaliating Under The Trips Agreement: Probing An Effective Strategy. *European Master In Law And Economics: ACADEMICYEAR 2008-2009*, Bologna, p.1-55, p.28. ago. 2009. Disponível em:

<https://pdfs.semanticscholar.org/9e44/5b5e4b6382af03b3dac8c70d69028338bb87.pdf?_ga=2.70248208.182809903.1509800144-1251579225.1509800144>. Acesso em: 4 nov. 2017.

¹³² WHITEMAN, Allison L.. Cross Retaliation under the TRIPS Agreement: An Analysis of the Policy Options for Brazil. *North Carolina Journal Of International Law And Commercial Regulation*, North Carolina, v. 1, n. 36, p.188-231, 2010. Disponível em: <<http://scholarship.law.unc.edu/ncilj/vol36/iss1/5>>. Acesso em: 30 out. 2017.

¹³³ SUBRAMANIAN, Arvind; WATAL, Jayashree. Can trips serve as an enforcement device for developing countries in the WTO? *Journal Of International Economic Law*, v. 3, n. 3, p.403-416, P. 405. 1 set. 2000. Oxford University Press (OUP). <http://dx.doi.org/10.1093/jiel/3.3.403>. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jiel/article-abstract/3/3/403/829397?redirectedFrom=fulltext>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

¹³⁴ SLATER, Gabriel L.. The Suspension of Intellectual Property Obligations Under TRIPS: A Proposal for Retaliating Against Technology-Exporting Countries in the World Trade Organization. *The Georgetown Law Journal*, Georgetown, n. 97, p.1366-1408, p.1375. 2009. Disponível em: <<http://georgetown.lawreviewnetwork.com/files/pdf/97-5/Slater.PDF>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

compromissos tão profundos necessários a execução desta contramedida específica¹³⁵. Logo, a ameaça ou a simples autorização para impor esse tipo de “sanção” é tão (senão mais) significativa que realmente a prática dessas suspensões¹³⁶.

Isso porque, como será explicado no próximo tópico, a suspensão de concessões e obrigações é um processo complexo, especialmente quando envolve o TRIPS, e pode também ter alguns efeitos negativos. Deste modo, a utilização da retaliação cruzada como mera ameaça para conseguir uma melhor posição de negociação junto ao país infrator ou conseguir coagi-lo a se adequar de acordo com as recomendações da OMC é a melhor opção. Desta forma, a contramedida cumpre seu propósito sem que o país tenha que efetivamente passar por todo processo trabalhoso e complicado de aplicação.

Com efeito, a eficácia dessa ameaça pode ser confirmada na prática, uma vez que a ameaça de retaliação já foi utilizada com sucesso nos casos *EC-Bananas III* e *US-Upland Cotton*, nos quais a suspensão foi autorizada e não aplicada e mesmo assim rendeu acordos benéficos para os países em desenvolvimento.

Em resumo, a retaliação cruzada envolvendo os DPI protegidos pelo TRIPS é um mecanismo interessante principalmente para países em desenvolvimento, já que ataca indústrias chaves dos países desenvolvidos, instigando uma pressão política interna para o cumprimento das decisões do MSC. Igualmente, é particularmente favorável quando este instrumento é utilizado somente como ameaça, já que induz a adequação do país réu sem a necessidade de todos os trâmites penosos da execução da contramedida.

Todavia, apesar da previsão do artigo 22.3.(c) ser um ótimo instrumento nos vários aspectos destacados, ela vem acompanhada de vários desafios de implementação. Assim, pontuadas algumas especificidades da contramedida neste tópico, passa-se à próxima parte do trabalho, que indica os principais desafios que a retaliação cruzada apresenta.

3.3 OS DESAFIOS DA RETALIAÇÃO CRUZADA

Como já demonstrado no tópico anterior, a suspensão de concessões e obrigações em outros acordos traz uma boa alternativa para os países requerentes, em especial aqueles em

¹³⁵ RAJEC, Sarah R. Wasserman. The Intellectual Property Hostage in Trade Retaliation. *College Of William & Mary Law School: Faculty Publications*, Williamsburg, n. 1831, p.171-219, 2016. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/1831>>. Acesso em: 17 out. 2017, p.185.

¹³⁶ BOWN, Chad P.; PAUWELYN, Joost. Introduction: trade retaliation in WTO dispute settlement: a multi-disciplinary analysis. In: BOWN, Chad P.; PAUWELYN, Joost (Ed.). *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 10.

desenvolvimento, com relação à suspensão tradicional e aos problemas por ela causados. No entanto, a estratégia dessa contramedida deve ser muito bem planejada para que seja efetiva e benéfica aos seus praticantes.

Por exemplo, explicam Bown e Pauwelyn, a retaliação cruzada sob o TRIPS somente consegue efetivamente induzir o cumprimento da recomendação do MSC se estruturas forem desenvolvidas para impedir situações em que o país retaliante enfrente conflitos com outras obrigações decorrentes de regimes jurídicos nacionais ou de outros instrumentos internacionais¹³⁷. Portanto, se um país pretende retaliar, será necessário, por exemplo, que este altere qualquer legislação nacional que impeça uma suspensão da proteção aos DPI e encontre uma forma de organizar a sua estratégia de modo que não rompa outros acordos internacionais específicos dos que é signatário.

Além disso, verifica-se, segundo Henning Grosse Ruse-Khan, que para o sucesso da medida, em especial quando se trata de propriedade intelectual, é necessário que a retaliação seja economicamente possível, isto é, é preciso que exista (i) um mercado doméstico suficientemente grande pra consumir produtos fabricados na suspensão de direitos de propriedade intelectual ou maneiras legais para exportá-los; (ii) capacidade técnica e *know-how* para produção rápida e em larga escala desses produtos; e (iii) mecanismos para prover segurança e certeza aos produtores privados de que não serão prejudicados ao não respeitarem os DPI¹³⁸.

Logo, analisando esses requisitos pontuados por Ruse-Khan, constata-se que a primeira condição refere-se à necessidade de causar efetivo prejuízo ao país alvo da contramedida. Isso porque a retaliação é permitida na medida do dano que a anulação ou prejuízo do país réu causou ao país demandante¹³⁹. Assim, se, por exemplo, a retaliação foi autorizada no montante de 500 milhões de dólares, é preciso que a suspensão de DPI resulte em produção ou distribuição de produtos sem pagamento de royalties que cause um prejuízo

¹³⁷. BOWN, Chad P.; PAUWELYN, 2010, p. 15.

¹³⁸ RUSE-KHAN, Henning Grosse. Suspending IP Obligation under TRIPS: A viable alternative to enforce prevailing WTO rulings? (2008). Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1317304>. Acesso em: 10 Julho 2017, p.9

¹³⁹ Cf. artigo 22.4 do ESC: “O grau da suspensão de concessões ou outras obrigações autorizado pelo OSC deverá ser equivalente ao grau de anulação ou prejuízo”. Holger Spamann explica que é difícil saber o que exatamente os conceitos “grau” e “equivalente” se referem. Dessa forma, a OMC tem que necessariamente aplicar algum fator de comparação abstrato para mediar os níveis ou graus de anulação ou prejuízo e para determinar uma equivalência. Todavia, ainda não há consenso sobre qual é esse fator de comparação que deve ser utilizado. Assim, as decisões arbitrais que determinam o grau de retaliação possível utilizam de argumentações mais diversas para precisar um valor. SPAMANN, Holger. The Myth of ‘Rebalancing’ Retaliation in WTO Dispute Settlement Practice. *Journal Of International Economic Law*, [s.l.], v. 9, n. 1, p.31-79, 16 fev. 2006. Oxford University Press (OUP). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1093/jiel/jgi054>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

ao país infrator equivalente a esta quantia. Consequentemente, percebe-se que se o país é muito pequeno e não tem um mercado doméstico suficientemente grande para absorver produtos de modo a resultar em um dano significativo ao réu, a medida não será eficiente.

Ainda tratando destes requisitos, o autor cita a necessidade de o país possuir capacidade técnica para a produção em larga escala do produto. De fato, um país que não possua *know-how* e uma organização mínima para distribuição de produtos isentos das taxas de DPI, também não conseguirá implementar com eficiência a retaliação. Por exemplo, se pensarmos em uma retaliação cruzada no TRIPS, em que se suspendam as obrigações relativas a patentes¹⁴⁰, o país retaliante precisa ter capacidade técnica e meios de produção bastantes para reproduzir essa patente e disponibilizá-la aos consumidores de forma a causar algum dano ao país retaliado.

Como último requisito, Ruse-Khan aponta a primordialidade do Estado se preparar de forma a assegurar aos produtores locais que a suspensão de pagamento ou outras obrigações de DPI não os afetará negativamente. Ou seja, é importante que os comerciantes não temam sofrer prejuízos como a perda de fornecedores, ações judiciais, entre outros.

Deste modo, percebe-se que a retaliação cruzada é um procedimento complexo, o qual precisa ser aliado a uma boa estratégia do país para que cumpra sua função de efetivo instrumento de coação visando ao cumprimento de decisões.

Isso serve não só para a intenção de efetiva prática da retaliação, mas também para uma utilização desta como ameaça ou “blefe”. Ou seja, é necessário que o país em desenvolvimento seja capaz de criar uma ameaça que seja crível e provável, isto é, que realmente demonstre ao país adversário que aquele está pronto para tomar as medidas para iniciar as suspensões comerciais. Assim, é preciso que o país demonstre os requisitos acima pontuados.

Ainda, Mercurio pontua que, a não ser que um sistema de retaliação coletiva¹⁴¹ seja implementado no MSC, qualquer contramedida fica sempre restrita ao território do membro demandante. Isso significa que o efeito econômico da suspensão é limitado pelo tamanho do país requerente e de sua população. Dessa forma, o autor argumenta que, enquanto uma

¹⁴⁰ O artigo 27.1 do TRIPS estabelece que “qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial”. Tradução de Maristela Basso. BASSO, Maristela. *O direito internacional da propriedade intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 229.

¹⁴¹ Mercurio constata que vários países em desenvolvimento já propuseram um sistema de retaliação coletiva em que um grupo de membros da OMC seria autorizado a coletivamente retaliar contra um membro que se recusa a cumprir a decisão do MSC. Isso possibilitaria ao grupo de países um poder retaliatório muito maior que aquele de um membro isolado. MERCURIO, 2009,p.424.

suspensão dos DPI dos EUA ou da CE pelo Brasil ou pela Índia seria economicamente significativa, é menos certo que países como a Antígua ou Ruanda conseguiriam sucesso em uma retaliação¹⁴².

Portanto, uma das críticas que pode se fazer é que os países que mais precisariam de um instrumento que lhes concedesse maior poder de barganha e diminuísse a disparidade com grandes potências econômicas não conseguem utilizar a retaliação cruzada, já que os seus efeitos seriam ínfimos aos réus desenvolvidos.

Além dessas dificuldades de organização para que o país seja capaz de utilizar esse instrumento, ainda é preciso discutir os possíveis efeitos negativos que a retaliação cruzada pode trazer. Como foi pontuado no tópico anterior, esse tipo de suspensão apresenta menos prejuízos aos países que a retaliação tradicional. Contudo, não há como negar que mesmo a retaliação envolvendo o TRIPS ainda carrega suas consequências danosas.

Em pesquisa sobre a retaliação cruzada, o Instituto para a Agricultura e Políticas Comerciais dos EUA concluiu que essa contramedida tem algumas desvantagens. Explica que muitos países mais pobres dependem de países mais ricos para obter ajuda financeira e outros tipos de assistência, bem como muitas vezes recebem tarifas preferenciais sob regimes voluntários que podem ser unilateralmente extintos pelo Estado concedendo essa preferência. Como exemplo, a pesquisa cita o Sistema de Preferências Generalizado¹⁴³ dos EUA que permite uma economia de 2,5 bilhões de dólares em transações comerciais para o Brasil. Assim, se atingidos por uma medida drástica como a retaliação cruzada no TRIPS, os Estados Unidos poderiam tranquilamente retirar o Brasil deste sistema, já que se trata de um sistema totalmente voluntário e cujas obrigações são puramente unilaterais¹⁴⁴.

Ademais, a suspensão de obrigações especialmente envolvendo DPI é considerada medida de má política que prejudica e mancha a imagem de um país no mundo diplomático. Esse país poderá ser considerado por outros como inconsequente e não confiável, prejudicando suas relações internacionais. Não só essa medida pode denegrir a imagem de um

¹⁴² MERCURIO, 2009, p. 429.

¹⁴³ O Sistema Geral de Preferência (SGP) foi idealizado no âmbito da UNCTAD - Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento para que mercadorias de países em desenvolvimento pudessem ter um acesso privilegiado aos mercados dos países desenvolvidos, em bases não recíprocas, superando-se, dessa forma, o problema da deterioração dos termos de troca e facilitando o avanço dos países beneficiados nas etapas no processo de desenvolvimento. Ver: <http://www.mdic.gov.br/index.php/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/807-sgp-sistema-geral-de-preferencias>. Acesso em 15 nov 2017.

¹⁴⁴ INSTITUTE FOR AGRICULTURE AND TRADE POLICY (Estados Unidos). Strengthening Compliance at the WTO: Cross-retaliation in WTO disputes. *Trade And Global Governance Program*, Minneapolis, p.1-2, set. 2006. Disponível em: <<https://www.iatp.org/sites/default/files/strengthening-compliance-at-the-wto.pdf>>. Acesso em: 1 nov. 2017, p.2.

país perante os demais, mas também pode afastar entidades privadas e indústrias, as quais poderiam, por exemplo, parar de investir no país.

Depois dessas pontuações, fica claro que existem muitos desafios atinentes à utilização da retaliação cruzada no sistema da OMC. Também se reforça que o sistema, anteriormente louvado por ser uma possível solução às assimetrias de poder que se fazem presentes na fase de cumprimento das decisões do MSC, não necessariamente atende a esse propósito, já que os países com menor poder econômico não conseguem se utilizar deste mecanismo e alcançar um patamar melhor nas negociações com países maiores.

Contudo, Huerta Goldman, que trabalhou na delegação mexicana em Genebra, resumiu a situação no seguinte: “Retaliação [cruzada], como um remédio legal, não é muito efetiva. No entanto, é preferível ter um sistema que ofereça tal mecanismo, por mais deficiente que seja, a um sistema que não o tenha de nenhuma forma”¹⁴⁵. Com efeito, por mais que a retaliação cruzada tenha suas falhas estruturais e um mecanismo de implementação muito complexo, não se pode negar que ela é uma importante previsão no sistema da OMC, que pode ser muito importante desde que devidamente aplicada.

Desta forma, após estas observações teóricas sobre essa especial contramedida envolvendo o TRIPS, importa observar como esse mecanismo tem sido aplicado no MSC e qual o papel que ele teve na fase de cumprimento das decisões e na resolução da disputa. Essa abordagem mais realista será objeto do tópico que segue.

3.4 OS CASOS DE AUTORIZAÇÃO DA RETALIAÇÃO CRUZADA

Tendo analisado um pouco sobre a retaliação cruzada envolvendo propriedade intelectual em abstrato, tratando de suas peculiaridades e seus desafios, passa-se agora para uma investigação em concreto da sua aplicação nos casos da OMC em que ela foi autorizada.

A suspensão de concessões e obrigações do artigo 22.3(c) do ESC já foi autorizada pelo MSC em três ocasiões: na disputa *EC-Bananas III*, no caso *US-Gambling* e no contencioso *US-Upland Cotton*. Este último caso, em especial, será objeto de discussão mais aprofundada no capítulo 4 desse trabalho; todavia, com o intuito de investigar a aplicação dessa contramedida que foi utilizada tão raramente durante a história da OMC, analisar-se-á neste tópico os outros casos em que tal medida foi deferida.

¹⁴⁵ BOWN, Chad P.; PAUWELYN, 2010, p.10.

3.4.1 EC-Bananas III¹⁴⁶

O caso EC-Bananas III¹⁴⁷ iniciou-se após diversas reclamações de vários países, incluindo Equador, Guatemala, Honduras, México e Estados Unidos, sobre o regime da Comunidade Europeia (CE) de importação, distribuição e venda de bananas, estabelecido em 1993. Em setembro de 1995, todos os países citados com a exceção do Equador requereram consultas junto à CE, procedimento que foi repetido em fevereiro de 1996 depois do ingresso do Equador na OMC¹⁴⁸.

Os requerentes alegavam que o regime da Comunidade Europeia era incompatível com os artigos I, II, III, X, XI e XIII do GATT-94¹⁴⁹, bem como com o Acordo de Procedimentos para Licenciamento de Importação, o Acordo de Agricultura, o Acordo de Medidas Relacionadas o Comércio e Investimento – TRIMS e o Acordo Geral de Comércio de Serviços – GATS¹⁵⁰.

Deste modo, em abril de 1996, os cinco países mencionados requereram o estabelecimento de um painel para julgamento do caso, o que foi deferido no dia 24 de abril de 1996 pelo OSC. Em 22 de maio de 1997, o painel apresentou o seu relatório, que concluía que o regime de importação de bananas da Comunidade Europeia, seu procedimento de concessão de licenças de importação e a exceção da Convenção de Lomé¹⁵¹ eram incompatíveis com o artigo XIII do GATT-94¹⁵².

Após a decisão do painel, a CE recorreu ao Órgão de Apelação, o qual manteve na maior parte o relatório anterior, alterando as considerações sobre as inconsistências do Convênio de Lomé. Portanto, em setembro de 1997, os relatórios do painel e do OA foram

¹⁴⁶ OMC. WT/DS27. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds27_e.htm.

¹⁴⁷ Título curto de “*European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Banana*”

¹⁴⁸ OMC. WT/DS27

¹⁴⁹ Esses artigos tratam do princípio da nação mais favorecida, de concessões tarifárias, do princípio do tratamento nacional, da publicação e apuração dos regulamentos relativos ao comércio, da eliminação das restrições quantitativas e da aplicação não discriminatória das restrições quantitativas.

¹⁵⁰ OMC. WT/DS27

¹⁵¹ Era a convenção que regulava o comércio entre a CE e os países da Ásia, Caribe e Pacífico até a assinatura do Acordo de Cotonou. Ele estabelecia um sistema de cooperação econômica e permite a exportação de vários produtos agrícolas dos países citados à EC sem tarifas.

¹⁵² O item 13.1 do artigo diz que: “Nenhuma proibição ou restrição será aplicada por uma Parte Contratante à importação de um produto originário do território de outra Parte Contratante ou à exportação de um produto destinado ao território de outra Parte Contratante a menos que proibições ou restrições semelhantes sejam aplicadas à importação do produto similar originário de todos os outros países ou à exportação do produto similar destinado a todos os outros países.”

adotados pelo OSC, dando início a procedimentos de cumprimento das recomendações feitas¹⁵³.

Em janeiro de 1999, a CE apresentou um sistema revisado, o qual também não foi considerado compatível com os princípios da OMC pelo painel de conformidade previsto no artigo 21.5 do ESC. Assim, em abril do mesmo ano, os Estados Unidos requereram a autorização para aplicar contramedidas (artigo 22.2 do ESC), mais especificamente a suspensão de concessões e obrigações perante a CE no valor de 520 milhões de dólares. Após arbitragem do artigo 22.6 do ESC¹⁵⁴, foi autorizada a retaliação pelos EUA na quantia de 191,4 milhões de dólares ao ano a qual de fato aconteceu desde sua autorização¹⁵⁵.

No mesmo ano, em novembro, o Equador também requereu autorização para suspender as obrigações dos acordos TRIPS, GATS e GATT no valor de 450 milhões de dólares. Neste caso, os árbitros do procedimento do artigo 22.6 do ESC concluíram que o nível de redução e anulação sofrido pelo Equador por ano chegava a 201.6 milhões de dólares, sendo esse o valor de retaliação autorizada e que o Equador poderia pedir a suspensão tangente ao GATT e ao GATS e, somente quando esta fosse insuficiente para chegar ao nível de nulidade sofrido, poderia o país retaliar no âmbito do TRIPS. Finalmente, em 18 de maio de 2000, autorizaram a efetiva suspensão de concessões pelo Equador nos termos do arbitrado¹⁵⁶.

Em 2008, novamente foram abertos novos painéis do artigo 21.5 do ESC destinados a apontar problemas de cumprimento pela CE. Somente em 8 de novembro de 2012, as partes desta disputa notificaram o OSC que chegaram a uma solução mutuamente acordada, encerrando o caso perante a OMC¹⁵⁷.

Analisando esse primeiro caso em que houve a autorização para o procedimento do artigo 22.3.(c) do ESC, percebe-se que o Equador nunca exerceu seu direito de suspender concessões e obrigações. Renata Amaral afirma que isso se explica pelo fato de que “seria extremamente penoso para o seu mercado doméstico e suas relações econômicas internacionais – especialmente com a CE -, ao mesmo tempo em que causaria pouco ou nenhum dano à CE”¹⁵⁸.

¹⁵³ OMC. WT/DS27

¹⁵⁴ O Equador requereu a arbitragem questionando o nível de suspensão de concessões pedido pelos EUA.

¹⁵⁵ OMC. WT/DS27.

¹⁵⁶ OMC. WT/DS27.

¹⁵⁷ OMC. WT/DS27

¹⁵⁸ AMARAL, 2012, p. 185.

Todavia, James Smith afirma que a estratégia sofisticada do Equador de requisitar retaliação cruzada da forma que o fez foi frutífera, sendo que seu acordo com a CE lhe conferiu benefícios significativos em comparação com os outros países regionais e seus competidores na indústria de bananas¹⁵⁹. Siyu Ye¹⁶⁰ e Bryan Mercurio¹⁶¹ concordam com o autor, explicando que a CE ofereceu um acordo com condições mais benéficas do que teria feito na ausência da retaliação cruzada proposta e que esse instrumento concedeu uma vantagem de barganha muito maior ao Equador.

Ainda, Smith destaca o fato de o Equador ter ingressado com o próprio pedido de retaliação e não ter aguardado a liderança dos EUA e pedido de suspensão americano, como fizeram os outros países da disputa. Pontua que, se aquele Estado não tivesse impulsionado e lutado por seus próprios interesses, um possível acordo feito pelos EUA com a CE certamente não lhe seria tão benéfico¹⁶².

Ademais, quanto à importância desse caso para história das contramedidas, Mavroidis elabora:

O Equador, ao tomar¹⁶³ contramedidas junto ao TRIPS, realizou duas coisas: Por um lado, “atingiu” a Comunidade Europeia em produtos em que lucros são bastantes substanciais (desde que protegidos pelos direitos de propriedade intelectual); por outro lado, criou um risco que o TRIPS poderia se tornar como a área preferida para os países em desenvolvimento para empreender ações retaliatórias contra os países desenvolvidos. Talvez seja este último risco – vamos chamá-lo de risco “institucional”- que pode se comprovar efetivo.¹⁶⁴

De fato, esse “risco institucional” a que Mavroidis se refere neste trecho, foi criado pela primeira vez nessa disputa. Portanto, é clara a importância histórica dessa primeira autorização.

No entanto, se analisarmos quão adequado foi esse mecanismo para induzir o cumprimento das recomendações pela CE, verifica-se que a ameaça de retaliação do Equador não se concretizou na real aplicação desta contramedida, nem resultou na adaptação das políticas comerciais da União Europeia conforme determinado pelo MSC. Contudo, a importância da contramedida no caso refletiu-se não em sua aplicação, mas em sua ameaça.

¹⁵⁹ SMITH, James M. *Compliance Bargaining in the WTO: Ecuador and the Bananas Dispute*. Paper Prepared for a Conference on Developing Countries and the Trade Negotiation Process UNCTAD, 6-7 November, 2003, Geneva, p.36.

¹⁶⁰ YE, 2012, p. 32.

¹⁶¹ MERCURIO, 2009, p. 428.

¹⁶² SMITH, op.cit., p.37.

¹⁶³ Apesar de o autor ter afirmado que o Equador “tomou” contramedidas, o certo seria dizer que este país requisitou-as, já que a retaliação não foi de fato aplicada.

¹⁶⁴ MAVROIDIS, 2003, p.311- 312.

Essa ameaça concedeu ao Equador uma posição mais privilegiada na disputa e maior poder de negociação, culminando em um acordo entre as partes.

Logo, percebe-se que não se pode afirmar que a retaliação cruzada neste caso nivelou os países e eliminou a posição de superioridade da CE, mas admite-se que ela colocou o Equador em melhor situação frente a um bloco econômico tão forte, já concedeu ao país a possibilidade de ameaçar a tomada de uma medida que, de fato, seja prejudicial à CE.

Desta forma, mesmo que seja possível enxergar nesse caso a insuficiência do mecanismo em relação ao potencial que se pensou que essa contramedida poderia ter, não há como negar que de alguma forma ela foi importante e trouxe vantagens ao país em desenvolvimento que a requereu, resultando no término da disputa e em uma solução mutuamente acordada entre as partes.

3.4.2 US-Gambling¹⁶⁵

Passando agora para o segundo caso em que houve o pedido da retaliação cruzada, explica-se que o contencioso *US-Gambling*¹⁶⁶ iniciou-se em março de 2003, quando Antígua e Barbuda requereram consultas com os Estados Unidos sobre medidas adotadas por autoridade americanas que afetaram o fornecimento de jogos de apostas entre as fronteiras. Essas medidas, segundo Antígua e Barbuda, tinham o intuito de dificultar o fornecimento de serviços relacionados a jogos de azar e de apostas por membros da OMC ao mercado interno estadunidense. Logo, essas atitudes seriam inconsistentes com as obrigações do GATS, particularmente com os seus artigos II, VI, VIII, XI, XVI e XVII¹⁶⁷.

Em 12 de junho de 2003, Antígua e Barbuda requisitaram o estabelecimento de um painel, pedido que foi deferido em 24 de junho de 2003. Depois de um período infrutífero de suspensão do painel requisitado pelas partes para negociação de uma solução mutuamente acordada, em 8 de novembro de 2004 os procedimentos do painel foram reestabelecidos e em 10 de novembro de 2004, o relatório final entendeu que três leis federais dos EUA e regulamentos de quatro estados americanos proibiam um, alguns ou todos os meios de entrega através de fronteiras previstos no GATS, indo de encontro aos compromissos estadunidenses específicos de acesso ao mercado dos EUA para os serviços de apostas e jogos de azar. Os

¹⁶⁵ OMC. WT/DS285. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds285_e.htm

¹⁶⁶ Título curto de “*United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*”.

¹⁶⁷ OMC. WT/DS285

Estados Unidos e a Antígua e Barbuda apelaram, entretanto a decisão do OA de abril de 2005 pouco alterou o relatório do painel.¹⁶⁸

Em 19 de maio de 2005, os Estados Unidos alegaram que tinham intenção de implementar as recomendações do MSC e afirmaram que precisariam de um período de tempo razoável para tal medida. Quando as partes não obtiveram sucesso em definir de comum acordo o período de tempo razoável, recorreram à arbitragem do artigo 21.3(c) do ESC. Este procedimento determinou o período de 11 meses e 2 semanas para o cumprimento da decisão, o qual acabava em 3 de abril de 2006¹⁶⁹.

Contudo, em março de 2007, após a composição de um painel nos termos do artigo 21.5 do ESC, concluiu-se que os Estados Unidos não cumpriram as determinações e recomendações do MSC. Por essas razões, a Antígua e Barbuda requisitaram autorização ao OSC para suspender obrigações e concessões para os EUA no âmbito do GATS, mas também do TRIPS.

Sobre o pedido para retaliar no TRIPS, Antígua e Barbuda explicaram que a retaliação tradicional seria ineficaz e inaplicável¹⁷⁰. Isso porque seus recursos naturais são insignificantes e, como resultado, não apenas as exportações do país são limitadas, mas Antígua e Barbuda são obrigadas a importar dos EUA uma quantidade substancial de bens e serviços necessários e usados pelas pessoas do país. Assim, a imposição de tarifas de importação adicionais sobre produtos importados dos Estados Unidos (ou seja, retaliação no GATT) ou as restrições impostas à prestação de serviços pelos Estados Unidos (retaliação no GATS) teriam um impacto negativo em Antígua e Barbuda, tornando esses produtos e serviços significativamente mais caros para os cidadãos do país, e provavelmente não teriam um impacto significativo aos EUA, mostrando-se ineficazes e inaplicáveis¹⁷¹.

Ainda, sobre a seriedade das circunstâncias, Antígua e Barbuda explicaram que, como resultado da sua falta de recursos naturais, a maior parte da economia depende do turismo e da prestação de serviços bancários e outros serviços financeiros. Antes das ações tomadas pelos Estados Unidos para dificultar a prestação de serviços de apostas de Antígua e Barbuda aos consumidores americanos, estima-se que o setor de serviços de apostas representasse mais de dez por cento do mercado interno bruto desse país. Assim, esse país pontuou que as medidas inadequadas dos Estados Unidos e o não cumprimento das

¹⁶⁸ OMC. WT/DS285

¹⁶⁹ OMC. WT/DS285

¹⁷⁰ Cf. requisitos do artigo 22.3(c) do ESC.

¹⁷¹ OMC. WT/DS285

recomendações e decisões do OSC prejudicaram profundamente o país caribenho e as circunstâncias eram suficientemente sérias para o uso de contramedidas¹⁷².

Depois do procedimento de arbitragem sobre o cabimento e nível da retaliação (artigo 22.6 do ESC), os árbitros afirmaram que Antígua e Barbuda poderiam requerer a retaliação e decidiram que o nível de prejuízo sofrido pelo país requerente foi de 21 milhões ao ano e que este poderia requerer a suspensão as obrigações do TRIPS desde que não ultrapassasse esse limite quantitativo¹⁷³.

Somente em 2013, em uma reunião do OSC, Antígua e Barbuda requereram a autorização para retaliar, a qual foi concedida em 28 de janeiro de 2013. Na mesma ocasião, fizeram mais um apelo aos Estados Unidos para intensificar as negociações, sob pena de o país caribenho colocar em prática as retaliações autorizadas. No entanto, até hoje não houve acordo nem tampouco aplicação das medidas retaliatórias¹⁷⁴.

Novamente, depois de um pequeno relatório do caso, passa-se à análise das questões envolvendo a retaliação cruzada neste caso. Do mesmo modo que o Equador, Antígua e Barbuda não colocaram em prática a retaliação cruzada que foi autorizada. Esse fato, da mesma forma, pode ser atribuído à apreensão quantos os efeitos negativos que essa drástica medida poderia causar ao país.

Com efeito, em recente entrevista em outubro de 2017, Ronald Sanders, o embaixador de Antígua e Barbuda afirmou que o país ainda não retaliou em propriedade intelectual porque “nós temos grande consideração pelos titulares americanos de direitos de propriedade intelectual, os quais contribuíram muito para a diversão e para os avanços do mundo”¹⁷⁵. Browne, o primeiro ministro do Estado, adicionou que tem grande medo de os EUA “retaliarem” contra sua nação empregando seus próprios métodos dissimulados. Citou a possibilidade, por exemplo, de veiculação de notícias da existência do Zika vírus no arquipélago como forma de inibir o turismo do país¹⁷⁶.

Assim, percebe-se claramente o evidente receio que tem um país em desenvolvimento em aplicar esse tipo de medida a uma grande potência econômica e sofrer diversos ônus. Assim, Antígua e Barbuda continuam se esforçando para negociar um acordo para finalizar o caso perante a OMC. Com efeito, em pleito feito em 2013 perante o OSC, este

¹⁷² OMC. WT/DS285

¹⁷³ OMC. WT/DS285

¹⁷⁴ OMC. WT/DS285-26.

¹⁷⁵ SIMMONS, Ann M.. Why hurricane-ravaged Barbuda desperately wants to resolve a dispute over U.S. online gambling. *Los Angeles Times*. Los Angeles. 9 out. 2017. Disponível em: <<http://www.latimes.com/world/la-fg-global-antigua-us-trade-2017-story.html>>. Acesso em: 4 nov. 2017.

¹⁷⁶ Ibidem.

membro caribenho sustentou que “como membro de grandes convenções internacionais de proteção dos DPI, Antígua e Barbuda veem esse remédio como tendo efeitos de grande alcance que não necessariamente podem ser contidos”¹⁷⁷. Logo, chamaram os Estados Unidos para fazer um último esforço de negociação antes de tomar uma medida com “consequência imprevisíveis”¹⁷⁸.

Sobre um futuro uso da retaliação cruzada por Antígua e Barbuda, Paul Rothstein afirma que é possível que, mesmo que esse país tenha recebido a autorização para infringir a propriedade intelectual baseada nos Estados Unidos, nunca poderá atuar sob essa autorização. Adicionou que este Estado-Membro provavelmente se beneficiou mais com os lobistas corporativos americanos que, diante da possibilidade de que o país atuasse, provavelmente pressionariam o governo dos EUA a mudar sua política doméstica. Assim, concluiu que a maior ferramenta de Antígua neste caso não é seu próprio poder de retaliar, mas sim a oportunidade de mobilizar corporações americanas. Isso porque, mesmo que o valor do prêmio seja baixo, é duvidoso que as empresas americanas se sintam confortáveis com países pequenos como a Antígua desenvolvam os meios para piratear seus produtos com a capacidade de continuar a produção mesmo após o valor premiado ter sido alcançado¹⁷⁹.

Contudo, neste caso em específico verifica-se que a ameaça ainda não conseguiu criar pressão suficiente nos EUA para a negociação de um acordo entre as partes. De fato, a falta de efetividade da ameaça de retaliação pode ser atribuída ao seu pequeno valor arbitrado neste caso: somente 21 milhões de dólares. Contudo, Ye afirma que, apesar da decepção de Antígua e Barbuda com esta limitação considerando a indústria multimilionária americana que envolve DPI, os EUA igualmente ficaram insatisfeitos com a possibilidade de suspensões nessa área¹⁸⁰. De fato, reforça ainda que foi relatado que Hollywood e grandes companhias de software estariam pressionando políticos em Washington para mudar os regulamentos incompatíveis com a OMC e “empurrando” os EUA de volta para as negociações¹⁸¹.

Porém, mesmo com a preocupação estadunidense, Renata Amaral afirma que o primeiro obstáculo para que Antígua e Barbuda consigam colocar em prática essa suspensão de obrigações é “o fato de que Antígua não tenha uma legislação doméstica apropriada para

¹⁷⁷ OMC. WT/DS285-26, p. 2.

¹⁷⁸ OMC. WT/DS285-26, p.2.

¹⁷⁹ ROTHSTEIN, Paul. Moving All-In With The World Trade Organization: Ignoring Adverse Rulings And Gambling With The Future Of The Wto. *Georgia Journal Of International And Comparative Law*, Athens, v. 37 2008 p.166. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1075&context=gjicl>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

¹⁸⁰ YE, 2012, p. 24.

¹⁸¹ Ibidem, p.28.

permitir e legalizar a autorização do OSC”¹⁸². Desta forma, como já foi mencionado no subcapítulo anterior, é essencial que ela adapte sua legislação doméstica para que essa medida seja possível e sua ameaça, mais crível¹⁸³.

Portanto, analisando essa disputa até seu presente estado, a retaliação cruzada ainda não trouxe vantagens concretas para o país em desenvolvimento. No entanto, nos próximos anos, dependendo da estratégia deste país, essa ferramenta pode se mostrar útil para incitar grandes empresas americanas a pressionarem o governo a negociar um acordo. Ressalta-se que, como já visto, o lapso temporal entre a autorização de retaliação para o Equador no caso *EC-Bananas III* (em 2000) e o encerramento do procedimento por acordo entre as partes (2012) somou 12 anos. Por conseguinte, ainda não se pode fazer uma análise total do efeito que a retaliação cruzada teve nessa disputa, pois muitos eventos podem ocorrer nos próximos anos, assim como houve no caso relativo ao Equador.

No futuro, tendo em vista tudo que foi analisado neste trabalho, recomenda-se que Antígua e Barbuda encontrem meios de tornar mais crível a ameaça de uma real aplicação da contramedida, tomando medidas que demonstrem que o país está preparado e organizado para arcar com as consequências dessa atitude.

Feitas essas breves incursões sobre os dois casos mais antigos em que houve a requisição de utilização da previsão do artigo 22.3(c) do ESC, encerra-se o presente capítulo. Na próxima parte desta monografia, concentram-se os esforços em investigar o caso mais recente e, por muitos considerado aquele que teve o uso da retaliação cruzada mais efetivo, o US-Upland Cotton.

¹⁸² AMARAL, 2012, p. 191.

¹⁸³ Ibidem, p.191.

4 A EFICÁCIA DO MECANISMO DE RETALIAÇÃO CRUZADA A PARTIR DO CONTENCIOSO DO ALGODÃO – US - UPLAND COTTON

Finalmente, após a construção teórica abstrata sobre o mecanismo da retaliação cruzada estabelecida nos capítulos anteriores, adentra-se no caso objeto deste trabalho: O *US-Upland Cotton*. Esse foi o mais recente caso em que o uso da contramedida prevista no artigo 22.3.(c) do ESC envolvendo os direitos de propriedade intelectual do acordo TRIPS foi permitido pelo OSC.

Este capítulo propõe-se a relatar esse caso e apontar os aspectos envolvendo a retaliação cruzada no âmbito da propriedade intelectual, bem como a destacar as suas peculiaridades e verificar a importância dessa contramedida na resolução da disputa.

4.1 O CASO DO ALGODÃO (*US- UPLAND COTTON*¹⁸⁴)

O contencioso do algodão, chamado de *US-Upland Cotton*¹⁸⁵, iniciou-se em 27 de setembro de 2002, quando o Brasil solicitou consultas com os Estados Unidos em relação aos subsídios proibidos fornecidos aos produtores, usuários e/ou exportadores de algodão americano (*upland cotton*), bem como em referência à legislação, regulamentos e instrumentos estatutários que instituíam tais subsídios, dentre os quais se incluem créditos à exportação, bolsas e qualquer outra assistência aos produtores, usuários e exportadores de algodão americano.

Diante desta conjuntura, observou-se a grande utilização pelos EUA de subsídios proibidos pelas regras da OMC, bem como de subsídios que devem ser revistos por causarem graves prejuízos ao Brasil, constatados pelo fato de que as exportações brasileiras de algodão tiveram queda entre 1998 e 2000¹⁸⁶. Esses subsídios, vedados pelos acordos da OMC supracitados, consistiram, então, na razão pela qual o Brasil ingressou no mecanismo jurisdicional do sistema multilateral do comércio.

¹⁸⁴ OMC. WT/DS267. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds267_e.htm. Todos os documentos citados neste tópico estão disponíveis nesse link.

¹⁸⁵ Título curto de “*United States - Subsidies on Upland cotton*”.

¹⁸⁶ FERRAZ, Rafael Chaves. O contencioso Brasil X EUA do Algodão na Organização Mundial do Comércio. *Anais Vestígios do Passado: a história e suas fontes*, p.1-16. Disponível em: <http://eeh2008.anpuh-rs.org.br/resources/content/anais/1212416689_ARQUIVO_FERRAZ_algodao_OMC.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2017.

Em sua fundamentação, o Estado brasileiro alegou que essas medidas eram incompatíveis com as obrigações internacionais dos Estados Unidos, alegando incongruência com os artigos 5.º (c), 6.3 (b), (c) e (d), 3.1 (a), 3.1 (b) e 3.2 do Acordo de Medidas de Subsídios e Compensação (SMC)¹⁸⁷; os artigos 3.3, 7.1, 8, 9.1 e 10.1 do Acordo sobre a Agricultura¹⁸⁸; e o artigo III: 4 do GATT de 1994¹⁸⁹.

Nesse momento inicial, outros países também pediram consultas. Em 9 de outubro e 11 de outubro de 2002, o Zimbábue e a Índia¹⁹⁰, respectivamente, solicitaram participar das consultas; o mesmo fizeram, em 14 de outubro de 2002, a Argentina e o Canadá¹⁹¹. Os Estados Unidos informaram o MSC de que aceitaram os pedidos da Argentina e da Índia para integrar as consultas¹⁹².

Em 6 de fevereiro de 2003, o Brasil solicitou o estabelecimento de um painel, o qual foi instituído pelo MSC em sua reunião de 18 de março de 2003¹⁹³. A Argentina, o Canadá, a China, o Taipé Chinesa, as Comunidades Europeias, a Índia, o Paquistão e a Venezuela reservaram seus direitos de terceiros de participarem dos procedimentos do painel; o que foi seguido pelo Benin, a Austrália, o Paraguai, a Nova Zelândia e o Chade no final de março e início de maio daquele ano¹⁹⁴.

Em 19 de maio de 2003, o Diretor-Geral da OMC compôs o painel¹⁹⁵ e, em 8 de setembro de 2004, o relatório foi distribuído aos Membros¹⁹⁶. Em sua conclusão, a decisão chegou a três considerações principais. Primeiramente, concluiu que as garantias de crédito à exportação agrícola estão sujeitas às disciplinas de subsídios à exportação da OMC e três

¹⁸⁷ Os artigos se referem a subsídios recoráveis que causam grave dano aos interesses de outro membro e são proibidos por serem vinculados de fato ou de direito (i) ao desempenho exportador, quer individualmente, quer como parte de um conjunto de condições ou (ii) ao uso preferencial de produtos nacionais em detrimento de produtos estrangeiros, quer individualmente, quer como parte de um conjunto de condições. O acordo está disponível em: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/24-scm_01_e.htm

¹⁸⁸ Os artigos relacionam-se à vedação de subsídios especificados, compromissos em matérias de competição em exportações e subsídios proibidos à exportação. Disponível em: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/14-ag_01_e.htm

¹⁸⁹ O artigo III:4 do GATT/99 assim dispõe: “Os produtos de território de uma Parte Contratante que entrem no território de outra Parte Contratante não usufruirão tratamento menos favorável que o concedido a produtos similares de origem nacional, no que diz respeito às leis, regulamento e exigências relacionadas com a venda, oferta para venda, compra, transporte, distribuição e utilização no mercado interno. Os dispositivos deste parágrafo não impedirão a aplicação de tarifas de transporte internas diferenciais, desde que se baseiem exclusivamente na operação econômica dos meios de transporte e não na nacionalidade do produto.”

¹⁹⁰ OMC. WT/DS267/2; OMC. WT/DS267/3.

¹⁹¹ OMC. WT/DS267/4; OMC. WT/DS267/5.

¹⁹² OMC. WT/DS267/6.

¹⁹³ OMC. WT/DS267/7.

¹⁹⁴ OMC. WT/DS267/10; OMC. WT/DS267/11; OMC. WT/DS267/12; OMC. WT/DS267/13; OMC. WT/DS267/14.

¹⁹⁵ OMC. WT/DS267/15.

¹⁹⁶ OMC. WT/DS267/R.

programas de garantia de crédito à exportação dos Estados Unidos tratavam-se de subsídios à exportação proibidos. Em seguida, o painel arguiu que os EUA concediam vários subsídios proibidos em relação ao algodão. Por fim, o painel afirmou que os programas americanos de apoio doméstico em relação ao algodão não eram protegidos pela Cláusula de Paz¹⁹⁷ e alguns desses programas causavam sérios prejuízos aos interesses do Brasil sob a forma de supressão de preços no mercado mundial¹⁹⁸.

Em 18 de outubro de 2004, os Estados Unidos notificaram o OSC da sua intenção de recorrer de determinadas questões de direito e interpretações legais desenvolvidas pelo painel¹⁹⁹. Em 3 de março de 2005, por sua vez, o relatório do Órgão de Apelação foi distribuído e suas considerações confirmaram os resultados do painel, contendo as considerações abaixo elencadas²⁰⁰.

Primeiramente, quanto à aplicabilidade da Cláusula de Paz a essa disputa, o órgão recursal confirmou a constatação do painel de que o contrato de flexibilidade de produção²⁰¹ e os pagamentos diretos²⁰², medidas impugnadas pelo Brasil, não são considerados medidas de caixa verde²⁰³. Ainda segundo o OA, elas se ajustam plenamente ao parágrafo 6 (b) do Anexo 2 do Acordo sobre Agricultura e, por conseguinte, não são passíveis de isenção nos termos do art. 13, ii, (a), das ações do artigo XVI do GATT de 1994 e da Parte III do Acordo SMC²⁰⁴.

Ainda, no que se refere ao prejuízo grave dos subsídios, o Órgão de Apelação confirmou a conclusão do painel de que o efeito dos aumentos de preços contingentes (pagamentos de programas de empréstimo de marketing, pagamentos de marketing de usuários (chamado Step 2), pagamentos de assistência de perda de mercado e pagamentos

¹⁹⁷ Normalmente se refere ao artigo 13 do Acordo sobre agricultura como a Cláusula da Paz (*Peace Clause*). Esse artigo sustentava que os subsídios que eram legais de acordo com as disposições do Acordo sobre a Agricultura não podiam ser impugnados por serem ilegais nos termos de outros acordos da OMC. Essa Cláusula da Paz expirou em 1º de janeiro de 2004.

¹⁹⁸ OMC. WT/DS267/R.

¹⁹⁹ OMC. WT/DS267/17.

²⁰⁰ OMC. WT/DS267/AB/R.

²⁰¹ Os Contratos de flexibilidade de produção (*Production flexibility contract*) eram contratos autorizados pelo *Farm Bill* americano de 1996 assinados entre o *Commodity Credit Corporation* e os agricultores por um período de 7 anos (entre 1996 e 2002). Esses contratos previam auxílios financeiros fixos aos agricultores, bem como os permitiam maior flexibilidade e diversificação de produção. Esses contratos foram excluídos com a *Farm Bill* de 2002 e substituídos por contratos anuais de produção e pagamentos diretos.

²⁰² Pagamentos diretos eram outra forma de ajuda governamental aos produtores agrícolas. Eles estavam vinculados às bases e rendimentos da área cultivada. Como os pagamentos diretos não ofereciam incentivo para aumentar a produção de uma determinada safra, os pagamentos auxiliavam a renda agrícola sem distorcer as decisões atuais de produção dos produtores.

²⁰³ Na terminologia da OMC, os subsídios são identificados como “caixas” com cores de sinais de trânsito. Assim, as verdes são permitidas, as amarelas devem ser reduzidas e as vermelhas são vedadas. Ver: https://www.wto.org/english/tratop_e/agric_e/agboxes_e.htm

²⁰⁴ OMC. WT/DS267/AB/R

anticíclicos²⁰⁵) eram uma supressão significativa de preços na acepção do artigo 6.3(c) do Acordo SMC²⁰⁶.

Esse relatório do OA foi adotado pelo OSC em sua reunião de 21 de Março de 2005²⁰⁷. As recomendações desse documento incluíam a orientação aos EUA de retirar, no prazo de seis meses a contar da data de adoção do relatório pelo OSC ou em 1 de julho de 2005 (o que for anterior), os seguintes subsídios proibidos: (i) as garantias de crédito à exportação dos programas GSM 102, GSM 103 e SCGP relativos às exportações de algodão e outros produtos agrícolas não programados; e (ii) aqueles indicados na Seção 1207 “a” da Lei de Segurança Rural e Investimento Rural (FSRI) de 2002 que prevê pagamentos do Step 2. Quanto aos subsídios acionáveis²⁰⁸, a recomendação era de que os Estados Unidos tomassem as medidas adequadas para suprimir os efeitos adversos de certos subsídios ou os eliminassem no prazo de seis meses contados da data de adoção dos relatórios, assim, o prazo de cumprimento expiraria em 21 Setembro de 2005²⁰⁹.

Em 18 e 20 de outubro de 2006, o Brasil e os Estados Unidos, respectivamente, solicitaram ao Diretor-Geral que compusesse um painel de conformidade²¹⁰ para verificar se os EUA tinham cumprido as recomendações do relatório da OMC. Em 18 de dezembro de 2007, o relatório do painel de conformidade foi distribuído aos Membros. O Painel constatou que, no que diz respeito à medida tomada para cumprir as recomendações e decisões do OSC, os Estados Unidos agiram de forma incompatível com as obrigações que lhes incumbem nos termos dos artigos 5.º, alínea c), e 6.º, alínea c), do Acordo SMC, bem como não cumpriram com as obrigações que lhe incumbem do artigo 7.8 do Acordo SMC de tomar as medidas adequadas para eliminar os efeitos adversos ou retirar o subsídio.²¹¹

Ambos os países apelaram ao OA desta decisão do painel de conformidade²¹² e em 2 de junho de 2008 o relatório do OA foi circulado aos membros do OSC. Este relatório, adotado em 20 de junho de 2008, pouco alterou as conclusões do painel anterior, salientando a

²⁰⁵ Também eram uma forma de auxílio do governo aos agricultores. Eles forneciam apoio contra o ciclo de preços de mercado como uma "rede de segurança" em caso de preços baixos das safras. Os pagamentos anticíclicos de uma mercadoria só eram emitidos se o preço efetivo de uma mercadoria fosse inferior ao preço-alvo da mercadoria.

²⁰⁶ OMC. WT/DS267/AB/R.

²⁰⁷ OMC. WT/DS267/20.

²⁰⁸ São aqueles subsídios que não são por natureza proibidos, mas podem ser desafiados no caso de causarem efeitos negativos a outros países.

²⁰⁹ OMC. WT/DS267/AB/R.

²¹⁰ Cf. artigo 21.5 do ESC. OMC. WT/DS267/31; OMC. WT/DS267/32.

²¹¹ OMC. WT/DS267/RW.

²¹² OMC. WT/DS267/33; OMC. WT/DS267/34.

falta de cumprimento dos Estados Unidos no tocante à completude das recomendações feitas na decisão do OSC²¹³.

Todavia, anteriormente a todos esses procedimentos de análise da implementação da decisão, o Brasil havia requisitado ao OSC, em 2005, a autorização para tomar as contramedidas previstas nos artigos 4.10 e 7.9 do acordo SCM e para suspender as concessões e obrigações para com os EUA (artigo 22.2 do ESC)²¹⁴. O Estado brasileiro declarou que pretendia tomar contramedidas sob a forma de suspensão de concessões tarifárias e obrigações relacionadas ao GATT/94, ao impor encargos aduaneiros adicionais sobre uma lista de produtos importados dos Estados Unidos, a serem definidos pelo Brasil. Além disso, uma vez que não era praticável ou eficaz aplicar exclusivamente estes entraves de importação e que, considerando que as circunstâncias eram suficientemente graves, o Brasil requereu autorização para recorrer, na medida do necessário, às contramedidas sob a forma de suspensão de certas obrigações do TRIPS e do GATS²¹⁵.

Os Estados Unidos apresentaram suas objeções ao pedido de autorização do Brasil nos termos do artigo 22.6 do ESC e do artigo 7.10 do Acordo SMC, argumentando que as contramedidas propostas não eram compatíveis com o grau e a natureza dos efeitos adversos na acepção do artigo 7.9 do Acordo SMC e que o nível de suspensão proposto não era equivalente ao nível de redução e anulação nos termos do artigo 22.7 do ESC²¹⁶. No que diz respeito ao pedido do Brasil de retaliação cruzada, os Estados Unidos alegaram que os princípios e procedimentos estabelecidos no artigo 22.3 do ESC não foram seguidos. Na sua reunião de 18 de Outubro de 2005, o MSC remeteu a questão submetida pelos Estados Unidos à arbitragem²¹⁷. Em 21 de novembro de 2005, as partes na disputa solicitaram em conjunto a suspensão o processo de arbitragem do artigo 22.6 para o julgamento do processo em conformidade²¹⁸.

Em 25 de agosto de 2008, e após a conclusão dos procedimentos de conformidade, o Brasil solicitou que o processo de arbitragem fosse retomado²¹⁹ e, em 31 de agosto de 2009,

²¹³ OMC. WT/DS267/AB/RW.

²¹⁴ OMC. WT/DS267/21.

²¹⁵ OMC. WT/DS267/21.

²¹⁶ OMC. WT/DS267/23.

²¹⁷ Cf. artigo 22.6 do ESC. OMC. WT/DS267/27.

²¹⁸ Cf. artigo 21.5 do ESC. Como já visto, no período de 2005 até 2008 ocorreram os procedimentos de conformidade com o intuito de verificar se os EUA teriam implementados as recomendações do MSC. OMC. WT/DS267/29.

²¹⁹ OMC. WT/DS267/39

as duas decisões do Árbitro foram distribuídas ao OSC²²⁰. O árbitro determinou que o Brasil poderia solicitar autorização ao MSC para retaliar no âmbito do GATT, a um nível que não excedesse (i), no que diz respeito aos subsídios proibidos, o valor de US\$ 147.4 milhões para o ano fiscal de 2006, ou, para os anos subsequentes, um montante anual a ser determinado aplicando uma metodologia descrita na decisão do árbitro; e (ii) com relação aos subsídios acionáveis, um nível que não excedesse o valor de US\$ 147.3 milhões por ano. A decisão arbitral também determinou que, se o aumento do nível total de contramedidas que o Brasil teria direito em um determinado ano superasse o patamar descrito nas decisões, então, o Brasil também teria o direito de suspender certas obrigações do Acordo TRIPS e/ou do GATS²²¹.

Em 6 de novembro de 2009, o Brasil solicitou autorização ao MSC para retaliar o Estado norte americano²²² e, em sua reunião de 19 de novembro de 2009, o OSC autorizou a suspensão de concessões ou obrigações. No ano seguinte, em 8 de março de 2010, o Brasil informou ao OSC que pretendia iniciar a retaliação em 7 de abril de 2010²²³. No entanto, em 30 de abril de 2010, o país notificou o OSC informando que decidiu adiar a imposição de contramedida, uma vez que as partes estavam dialogando com o objetivo de alcançar uma solução mutuamente satisfatória para a disputa²²⁴.

Em 25 de agosto de 2010, o Brasil e os Estados Unidos concluíram um “Quadro para uma Solução mutuamente acordada para a Disputa do Algodão”²²⁵ que, por si só, não constituía uma solução mutuamente acordada para a disputa, mas estabelecia parâmetros para discussões sobre um acordo em relação aos programas de apoio doméstico para o algodão americano, bem como um processo de revisão conjunta de operações no que se referia às garantias de crédito à exportação no âmbito do programa GSM-102²²⁶. As partes também concordaram em realizar consultas pelo menos quatro vezes por ano com o objetivo de negociarem questões relacionadas ao caso do algodão. O Quadro também previa que, após a promulgação da legislação sucessora do *US Food, Conservation and Energy Act* de 2008, as

²²⁰ Foram proferidas duas decisões já que se analisou separadamente os subsídios proibidos e os acionáveis. OMC. WT/DS267/ARB/1; OMC. WT/DS267/ARB/2.

²²¹ OMC. WT/DS267/ARB/1; OMC. WT/DS267/ARB/2.

²²² OMC. WT/DS267/42; OMC. WT/DS267/41.

²²³ OMC. WT/DS267/43.

²²⁴ OMC. WT/DS267/44.

²²⁵ Traduzido do original: “Framework for a Mutually Agreed Solution to the Cotton Dispute”. Disponível em: <https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/morocco/pdfs/Cotton%20Framework%20June%202010.pdf> Acesso em 18 nov 2017,

²²⁶ O Programa GSM-102, também chamado de *Export Credit Guarantee Program*, fornecia garantias de crédito para incentivar as exportações comerciais de produtos agrícolas dos EUA. Ver: <https://www.fas.usda.gov/programs/export-credit-guarantee-program-gsm-102>. Acesso em: 11 nov. 2017.

partes se reuniriam com o intuito de determinar se uma solução mutuamente acordada para a disputa do algodão teria sido alcançada. O documento ainda especificou que, desde que o *Framework* estivesse em vigor, o Brasil não poderia impor as contramedidas autorizadas pelo OSC²²⁷.

Finalmente, em 16 de outubro de 2014, o Brasil e os Estados Unidos notificaram o OSC de que, em conformidade com o artigo 3.6 do ESC, haviam concluído um Memorando de Entendimento e concordaram com o encerramento da disputa. O Memorando previa uma Cláusula de Paz entre os países até setembro de 2018²²⁸. Por conseguinte, não foi aplicada qualquer medida retaliatória previamente concedida pelo OSC e o caso foi finalizado.

Depois de um relatório sobre esse delicado caso que se prolongou por mais de 10 anos na OMC, passa-se a um próximo tópico que tratará das questões envolvendo a ameaça da retaliação cruzada neste caso e como esse instrumento foi aplicado nesta disputa.

4.2 A IMPORTÂNCIA DA RETALIAÇÃO CRUZADA COMO INSTRUMENTO DE NEGOCIAÇÃO PARA O BRASIL

Tendo estudado um panorama geral da disputa entre os Estados Unidos e o Brasil no caso do algodão, é essencial agora investigar o papel que a retaliação cruzada teve neste contencioso da OMC.

Como salienta Geraldo Vidigal, é possível analisar os resultados deste litígio e o uso da retaliação cruzada sobre dois pontos de vista: o do cumprimento e o da compensação²²⁹. Isto é, pode-se investigar se o desfecho do contencioso foi frutífero observando se a retaliação conseguiu induzir o cumprimento da parte adversa ou ponderando se ela trouxe à parte solicitante compensações satisfatórias para o dano que lhe foi infligido.

De fato, Gene M. Grosseman e Alan O. Sykes explicam que se tratam de duas teorias sobre as contramedidas. A primeira, a teoria do cumprimento, afirma que a função das contramedidas é punir o inadimplemento de obrigações²³⁰ e induzir membros da OMC ao

²²⁷ OMC. WT/DS267/45.

²²⁸ OMC. WT/DS267/46.

²²⁹ VIDIGAL, Geraldo. Retaliação, Compensação, Cumprimento: O Uso dos Remédios da OMC pelo Brasil no caso EUA – Algodão. In: THORSTENSEN, Vera Helena; NOGUEIRA, Thiago Rodrigues São Marcos (Org.). *Anais da Conferência Anual de Comércio Internacional da Cátedra OMC no Brasil*. São Paulo: Vt Assessoria Consultoria e Treinamento Ltda, 2015. p. 118-134. Disponível em: <http://ccgi.fgv.br/sites/ccgi.fgv.br/files/file/Publicacoes/I_CACI-Anais_2015-CatedraOMCBrazil-CCGI-FGVSP.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2017.

²³⁰ Aqui se traduziu literalmente a expressão “to punish breach of obligations” utilizada pelos autores. Contudo como já foi dito, as contramedidas tem o intuito real de induzir o cumprimento e não funcionar como sanções.

cumprimento. Já a segunda, a teoria do “inadimplemento eficiente”²³¹, considera que contramedidas procuram atingir o nível “eficiente” de cumprimento e, portanto, permitem a um membro da OMC inadimplir algumas obrigações quando os benefícios deste inadimplemento excedem os custos deste comportamento para outro membro²³².

Quanto ao primeiro ponto de vista, é evidente que o resultado da disputa não foi positivo. Isso porque, apesar das várias concessões feitas pelos EUA, este país conseguiu finalizar as disputas sem efetivamente implementar todas as recomendações do OSC. A Legislação Agrária (*Farm Bill*), que foi sancionada pelo congresso americano em 2014, não obstante ter eliminado alguns subsídios do comércio, criou o *Stacked Income Protection Plan* (STAX), um programa de seguro pelo qual o governo estadunidense paga ao produtor de algodão de 70% a 90% do custo da produção em caso de prejuízo, o que igualmente concede uma vantagem injusta aos produtores americanos. Com efeito, um artigo publicado pelo próprio Serviço de Pesquisa do Congresso Americano admitiu as desconformidades desse programa com as recomendações da OMC²³³.

Desta forma, o Brasil encontrou-se na posição de optar entre efetivamente aplicar a suspensão de concessões ou entrar em acordo com os Estados Unidos e encerrar a disputa, escolhendo por fim a última opção. Por essa razão, o Instituto de Agricultura e Política Comercial estadunidense considerou a assinatura do Memorando de Entendimento de 2014 que deu fim ao caso DS267 uma “rendição incondicional” do Brasil²³⁴.

Portanto, quanto ao cumprimento não se consegue afirmar que a autorização da retaliação e sua ameaça foram totalmente eficazes em compelir os Estados Unidos a implementarem todas as recomendações da OMC. Porém, não se pode olvidar que, apesar de

Isso porque, no direito internacional, contramedidas normalmente tem caráter coativo e não punitivo. De fato, o artigo 49 do Projeto da Comissão de direito Internacional das Nações Unidas sobre responsabilidade internacional dos Estados preceitua que “um Estado lesado somente pode adotar contramedidas contra um Estado que seja responsável por um ato internacionalmente ilícito com o objetivo de induzi-lo a cumprir com suas respectivas obrigações dispostas na Parte Dois”. Disponível em: <<http://iusgentium.ufsc.br/wp-content/uploads/2015/09/Projeto-da-CDI-sobre-Responsabilidade-Internacional-dos-Estados.pdf>>

²³¹ Tradução do original: “‘efficient-breach’ theory”.

²³² GROSSMAN, Gene M.; SYKES, Alan O. ‘Optimal’ Retaliation in the WTO – a commentary on the Upland Cotton Arbitration. *World Trade Review*, v. 10, n. 01, p.133-164, jan. 2011, p. 149. Cambridge University Press (CUP). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1017/s1474745610000522>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

²³³ SCHNEPF, Randy. 2014 Farm Bill Provisions and WTO Compliance. *Congressional Research Service*, Washington, p.16, 8 dez. 2014. Disponível em: <https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metadc807559/m2/1/high_res_d/R43817_2014Dec08.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2017.

²³⁴ SUPPAN, Steve. *Unconditional surrender: The U.S.-Brazil deal to end WTO-authorized retaliation*. Institute For Agriculture And Trade Policy. 2014. Disponível em: <<https://www.iatp.org/blog/201410/unconditional-surrender-the-us-brazil-deal-to-end-wto-authorized-retaliation>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

não em sua completude, a decisão do MSC foi respeitada pelo governo americano em vários aspectos de fato. De fato, vários subsídios foram eliminados e as políticas agrárias foram alteradas levando em consideração alguns apontamentos do relatório da disputa. Antes mesmo da autorização da retaliação, foram feitas mudanças em garantias de crédito de exportação e foi eliminado o programa *Step 2*²³⁵.

Em relação a mudanças nas políticas inconsistentes do país americano posteriormente à autorização da retaliação, com o *Framework* assinado entre as partes, o Brasil ganhou uma privilegiada posição para impor e negociar o real cumprimento das decisões do MSC. Esse acordo, que foi firmado imediatamente após e como consequência da ameaça do Brasil de retaliação, realmente previa algumas modificações no programa de garantias de crédito GSM-102, bem como um mínimo de quatro consultas anuais entre as partes para discutir outras legislações estadunidenses e suas possíveis alterações²³⁶. Ainda, o Memorando de Entendimento de 2014 entre as partes, que finalizou a disputa, previa novas regras acerca de taxas e prazos para o programa GSM-102, que diminuía as inconsistências e danos causados por esse programa²³⁷.

Deste modo, apesar de não ter totalmente induzido o cumprimento, a ameaça da retaliação foi importante para assegurar maiores adequações da legislação americana à decisão da OMC e também concedeu ao país solicitante uma excelente posição para fiscalização e negociação de posteriores alterações nas políticas inconsistentes dos EUA. Assim, de alguma forma, essa contramedida contribuiu para uma parcela do cumprimento das recomendações do MSC pelos Estados Unidos.

Já analisando os resultados da disputa quanto à compensação que esta rendeu e os benefícios que conferiu, a retaliação cruzada foi extremamente eficaz e importante para o Brasil. De fato, se considerarmos a teoria do “inadimplemento eficiente” já citada, observa-se que o caso *US-Upland Cotton* conseguiu utilizar a contramedida para eficientemente compensar os danos que as políticas ilegais dos EUA causaram ao Estado brasileiro.

Se examinarmos o *Framework* feito entre as partes, percebe-se que os Estados Unidos concordaram com o pagamento anual de US\$ 147,3 milhões em favor do Instituto

²³⁵ TOWNSEND, David J.. Stretching the Dispute Settlement Understanding: US-COTTON's relaxed interpretation of cross-retaliation in the World Trade Organization. *Richmond Journal Of Global Law & Bussiness*. Richmond, p. 157. 2010. Disponível em: <<http://scholarship.richmond.edu/global/vol9/iss2/2/>>. Acesso em: 5 abr. 2017.

²³⁶ SCHNEPF, Randy. 2014 Brazil's WTO Case Against the US Cotton Program. *Congressional Research Service, Washington*, p. 26, 30 jun. 2010. Disponível em: <<http://nationalaglawcenter.org/wp-content/uploads/assets/crs/R43336.pdf>> Acesso em: 30 de Jul. de 2017.

²³⁷ WT/DS267/46.

Brasileiro do Algodão (IBA)²³⁸, instituição criada exclusivamente para gerir esses recursos americanos em favor do plantio de algodão brasileiro. Vidigal anota que esse financiamento foi inédito na história das compensações no âmbito da OMC²³⁹. Dessa forma, verifica-se que os consideráveis pagamentos alcançavam o setor brasileiro que realmente sofreu com as políticas americanas, servindo de indenização para os efeitos negativos que os subsídios causaram ao Brasil.

Também como benefício ao país solicitante, durante as negociações de 2010, os Estados Unidos concordaram em reconhecer o estado de Santa Catarina como livre de algumas doenças como a febre aftosa, eliminando certas restrições comerciais dos produtos brasileiros como a carne. Essa decisão política do governo estadunidense, apesar de não ser diretamente ligada ao objeto da disputa, foi uma interessante concessão dos EUA ao Brasil que mostrou a boa-fé e vontade do primeiro país em negociar e compensar o segundo²⁴⁰.

Ainda, no Memorando de Entendimento de 2014, foi acordado um pagamento final de U\$ 300 milhões ao IBA²⁴¹. Esse documento, que encerrou a disputa em questão, merece especial atenção. Ele trata de três pontos importantes: do pagamento ao IBA, da operação do GSM-102 e da Cláusula de Paz.

Destarte, a compensação financeira negociada neste acordo traduziu-se não somente em um montante expressivo, mas também na flexibilização dos termos de utilização destes recursos em comparação com as disposições do *Framework*. O Memorando previu, em sua seção II, item 4, que essa quantia poderia ser empregada em atividades de assistência técnica e de capacitação relacionadas ao setor brasileiro de algodão.

Assim, esse financiamento, já caracterizado como inédito, focou-se exatamente na área do país mais afetada pela política negativa e protecionista americana, o cultivo do algodão. Atualmente, três anos após o término do contencioso, o IBA continua atuando nos seus projetos²⁴² e beneficiando os produtores brasileiros com os fundos recebidos em 2014²⁴³. Tece-se, então, a hipótese de que, neste ponto, esse memorando é um excelente precedente para futuras compensações em formas de financiamento de institutos ou órgãos no país

²³⁸ Ver: http://www.iba-br.com/pt_br/secao/2

²³⁹ VIDIGAL, 2015, p. 130.

²⁴⁰ STOLPESTAD, Ingrid. *Challenging US cotton subsidies: What can explain the change in US policy vis-à-vis Brazil in the WTO case on cotton subsidies?*. 96 f. Dissertação (Mestrado) - Department Of Political Science, University Of Oslo, Oslo, 2011, p.35. Disponível em: <<https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/13138/Stolpestad-Master.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

²⁴¹ WT/DS267/46

²⁴² Ver lista de projetos do IBA em: <http://www.iba-br.com/pt_br/projetos>

²⁴³ Ver: <http://www.iba-br.com/pt_br/secao/1>

solicitante, já que se assegura que a soma monetária servirá de indenização para o setor econômico que sofreu o real prejuízo, *in casu* o setor do algodão.

Quanto ao ponto da operação do GSM-102, essa solução mutuamente acordada também trouxe primordial benefício ao Estado brasileiro. No contexto do ano de 2013, notava-se a latente dificuldade de se negociar normas da *Farm Bill* americana, tendo em vista essa lei era votada pelo Congresso estadunidense e não existia grande margem de manobra para modificações propostas pelo governo dos EUA²⁴⁴. Nesse panorama de complicada possibilidade de mudanças políticas, graças ao acordo resultado da ameaça de retaliação cruzada, foi possível rever as disposições de um dos programas de garantias de crédito à exportação, o Programa GSM-102.

Outra vantagem da negociação deste subsídio foi a previsão do dever de transparência dos Estados Unidos para com o Brasil no tangente ao GSM-102. Esse direito de fiscalização que o Brasil ganhou sobre esse programa da parte adversária é bem vantajoso e permite que o país perceba inconsistências rapidamente e tome medidas para combatê-las de forma mais ágil. Por fim, salienta-se que as alterações conquistadas no GSM-102 não são adstritas ao cultivo do algodão, beneficiando todo o agronegócio brasileiro²⁴⁵.

Ademais, o último ponto relevante do Memorando foi o estabelecimento de uma Cláusula de Paz que não permite que, na duração do acordo²⁴⁶, o Brasil aplique contramedidas ao EUA em relação ao objeto do caso *US-Upland Cotton*. A duração determinada do acordo, que é relativamente curta (quatro anos), também é vantajosa ao governo brasileiro, já que, após o período estabelecido, existe a possibilidade de surgirem novas tratativas com os EUA. Essas, por sua vez, podem resultar em novas negociações sobre as políticas norte-americanas e outras concessões ao Brasil.

Desta análise do memorando, retira-se que, em troca de uma simples Cláusula de Paz de apenas quatro anos, o Estado brasileiro conseguiu uma contraprestação de respeitáveis benefícios para sua economia. A complacência dos Estados Unidos em aceitar esse acordo, por conseguinte, é explicada exatamente pelo seu temor à possível aplicação da retaliação cruzada no TRIPS. Portanto, vê-se a relevância desta contramedida no caso.

²⁴⁴ AMARAL, Renata; BARRAL, Welber. Fim do contencioso do algodão: lições de uma disputa na OMC. *Rbce - A Revista da Funcex*, n. 122, p.13-16, mar. 2015. Disponível em: <http://www.funcex.org.br/publicacoes/rbce/material/rbce/122_WBRA.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2017

²⁴⁵ Ibidem, p. 15.

²⁴⁶ De acordo com a seção VIII do Memorando de Entendimentos de 2014, o acordo tem vigência até 30 de setembro de 2018, salvo previsão em contrário das partes.

Consequentemente, perante esse cenário, é evidente que o Brasil, mesmo não conseguindo a eliminação total dos subsídios e políticas ilegais dos EUA, foi bastante beneficiado com as compensações feitas pelos Estados Unidos durante as negociações e com as disposições do Memorando de Entendimentos de 2014. Welber Barral e Renata Amaral ponderam que “o entendimento não atende a todas as reclamações do Brasil, mas foi a melhor solução que se pôde alcançar após embate e negociações ímpares na história brasileira”²⁴⁷.

Portanto, pode se inferir que, se analisarmos a eficácia da retaliação cruzada para assegurar uma compensação justa ao país requerente em relação aos inadimplementos restantes da parte ré, esse instrumento foi essencial no caso. Com efeito, observa-se que dias após o comunicado brasileiro da implementação da suspensão de concessões e obrigações, as partes conseguiram rapidamente negociar um acordo mutuamente benéfico. Pode-se, então, afirmar que a ameaça da retaliação cruzada foi um sucesso neste caso e trouxe uma situação muito vantajosa para um país que inicialmente tem menor poder econômico e teria menos poder de negociação perante a grande potência norte americana.

Neste ponto, destaca-se a importância da ameaça da retaliação cruzada neste caso, que por si só já foi suficiente para garantir tratativas mais intensas entre as partes e significativas concessões dos Estados Unidos²⁴⁸. Assim, mesmo o Brasil estando preparado para implementar a retaliação, não foi preciso tomar essa medida drástica, a qual poderia ter efeitos indiretos não favoráveis ao país, como o abalo das relações diplomática entre as partes.

Nesse sentido, Renata Amaral afirma que

ainda que o governo brasileiro sempre tenha tentado sustentar uma posição de que não quer entrar em guerras comerciais, ele mostrou força e habilidade nas negociações da OMC e afirmou que seu único desejo era fazer com que os EUA respeitassem as regras e recomendações do OSC²⁴⁹.

Desta forma, a ameaça da retaliação cruzada apresenta-se como uma “forma de exercer essa pressão por meios institucionais”²⁵⁰, a qual coloca o país requerente em uma posição superior na negociação, bem como lhe concede um maior poder de barganha.

²⁴⁷ AMARAL; BARRAL, 2015, p. 15.

²⁴⁸ WILKES, Christine. Two Level Games: The US-Brazil World Trade Organization Cotton Dispute. *Fellowship Papers 2013-2014*, p.9, 5 maio 2016. Keck Center for International and Strategic Studies. Disponível em: <<https://www.cmc.edu/sites/default/files/keck/Wilkes-Keck-Fellowship-Two-Level-Games.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

²⁴⁹ AMARAL, 2012, p. 198.

²⁵⁰ VIDIGAL, 2015, p. 131.

Depois do exame feito neste tópico das significativas vantagens que a suspensão de concessões e obrigações no TRIPS trouxe na disputa do algodão ao Brasil, resta ainda entender porque as razões pelas quais sua ameaça foi tão eficiente e crível e porque trouxe efeitos tão mais rápida e competentemente em comparação com os outros casos em que a medida do artigo 22.3(c) foi autorizada.

4.3 AS PARTICULARIDADES DO SUCESSO DA RETALIAÇÃO CRUZADA NO CASO BRASILEIRO

Na segunda subdivisão deste capítulo, foi discutido o sucesso da retaliação cruzada no caso *US-Upland Cotton*, contudo, compreender-se-á agora como que o Brasil articulou com sucesso a ameaça desta contramedida.

Apesar de a autorização para suspender os direitos de propriedade intelectual ter sido uma vitória importante para o Estado brasileiro, o histórico desse tipo de autorização no âmbito do MSC não era o melhor. De fato, Vidigal explica que nos outros casos, *EC-Banana III* e *US-Gambling*, a ameaça da retaliação cruzada não foi tão poderosa já que

o impacto gerado sobre outros acordos internacionais, a dificuldade de coaduná-la com direitos adquiridos no plano interno, e a questão de como limitar o uso desses direitos aos valores autorizados, impediram que esses países fizessem uso bem-sucedido da autorização para retaliação²⁵¹.

Portanto, o sucesso da ameaça brasileira pode ser atribuído a algumas peculiaridades. O primeiro elemento importante que se pode destacar deste litígio é o fato de o Brasil, inobstante ser considerado um país em desenvolvimento, ser parte de uma categoria separada de potências internacionais, como a Índia e a China, que têm uma posição diferenciada no panorama econômico mundial e fazem parte do grupo das economias mais poderosas do mundo²⁵².

Dessa forma, evidencia-se que o Brasil já possuía uma situação mais vantajada em relação a outro país em desenvolvimento que estivesse em disputa com uma potência econômica como os Estados Unidos. Devido ao tamanho considerável de sua economia e de seu mercado doméstico, as medidas de retaliação em geral se mostram mais eficientes e uma retaliação cruzada envolvendo o TRIPS permitiria a circulação de produtos sem a proteção dos DPI por um grande número de consumidores, causando dano de maior escala.

²⁵¹ VIDIGAL, 2015, p. 125.

²⁵² AMARAL, 2012, p. 119.

Adiciona-se que, pelo fato de o Estado brasileiro ser um país com grande relevância comercial, é muito mais importante para seu adversário que se mantenham boas relações diplomáticas, de forma que soluções não litigiosas se provam escolhas políticas superiores e nota-se uma probabilidade maior de que se atinja um acordo.

Ainda, o Brasil é um dos países que mais utiliza o mecanismo de solução de controvérsias da OMC²⁵³, o que demonstra que o país já tem conhecimento neste tipo de disputa e uma estratégia bem estabelecida de negociação. Vidigal adiciona também que o porte do país lhe concede “capacidade de resistir politicamente a eventuais ameaças de grandes detentores de propriedade intelectual”²⁵⁴. Ademais, pelo nível de desenvolvimento e tamanho da economia do país, o Brasil efetivamente teria *know-how* e capacidade técnica para organizar a aplicação e aplicar contramedida envolvendo os DPI de forma rápida e em larga escala. Ou seja, diferentemente de países menores que possivelmente não teriam a tecnologia para distribuição de produtos patenteados em larga escala, por exemplo, o Brasil, por ser um país de grande porte e ter um grande *know how* comercial, conseguiria facilmente efetivar essa retaliação.

Com efeito, um elemento essencial para o sucesso da ameaça da retaliação cruzada brasileira foi a organização do país para possibilitar a real implementação da contramedida. Isso é, o país, diferentemente dos outros membros que receberam o direito de retaliar no TRIPS, realmente organizou sua legislação interna, em preparação para o uso desse remédio da OMC.

No dia 10 de fevereiro de 2010, foi promulgada pelo presidente Luís Inácio Lula da Silva a Medida Provisória nº 482/2010, a qual dispunha sobre medidas para suspender concessões ou outras obrigações de DPI²⁵⁵. Em decorrência dessa medida, em março de 2010, o governo brasileiro, por meio da Resolução nº 16/2010 da Câmara de Comércio Exterior (CAMEX), instaurou um procedimento de consulta pública sobre as medidas de suspensão de concessões e obrigações relativas aos DPI²⁵⁶. Ainda, alguns meses depois, no dia 24 de junho

²⁵³ Até dia 9 de maio de 2017, o Brasil estava na quinta posição, empatado com a Índia, na lista de países com maior número de casos na OMC, contando os casos que atuou tanto como solicitante quanto como requerido. REICH, Arie. The effectiveness of the WTO dispute settlement system: A statistical analysis. *Working Papers Of The Law Department Of The Eui*, Badia Fiesolana, n. 11, p.1-32, 2017. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1814/47045>>. Acesso em: 14 out. 2017, p.5.

²⁵⁴ VIDIGAL, loc. cit.

²⁵⁵ BRASIL. *Medida Provisória nº 482, de 10 de Fevereiro de 2010*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Mpv/482.htm. Acesso em: 19 nov. 2017.

²⁵⁶ CAMEX. *Resolução nº 16, de 12 de março de 2010*. Disponível em: <<http://www.camex.gov.br/component/content/article/62-resolucoes-da-camex/em-vigor/855-resolucao-n-16-de-12-de-marco-de-2010>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

de 2010, a Medida provisória nº 482/2010 foi convertida na Lei Federal nº 12.270/2010, a qual estruturava todos os procedimentos necessários para a suspensão de concessões do TRIPS no caso de descumprimento de Medidas da OMC ²⁵⁷.

Todas essas legislações foram elaboradas visando a organizar o país para a retaliação cruzada e adaptar o ordenamento jurídico brasileiro para possíveis situações decorrente da mesma. Essas medidas dão muito mais força e credibilidade a uma ameaça de retaliação, já que mostram que o país retaliante detém preparo para tomar a contramedida. Assim, quando os Estados Unidos acompanharam todas essas leis e regulamentos sendo elaborados, certamente perceberam que o remédio do artigo 22.3(c) do ESC poderia ser aplicado e apressaram-se para entrar em acordo com seu adversário.

Por fim, outro agravante da situação foi o valor de retaliação permitido pelo OSC nesse caso. Com efeito, Luciano Mazza de Andrade lembra que, mesmo que a quantia variasse anualmente ²⁵⁸, os árbitros no procedimento do artigo 22.6 do ESC outorgaram ao Brasil a segunda maior soma na história da OMC para retaliações em geral. Ainda, segundo os dados disponíveis da época, o montante atualizado permitido para a retaliação em propriedade intelectual seria de US\$ 268 milhões, valor bastante elevado considerando que esse tipo de retaliação seria apenas parte das contramedidas. Logo, foi ofertado ao país requerente um “instrumento potencialmente efetivo” para coagir os EUA a avançar na implementação das medidas recomendadas pela OMC ²⁵⁹.

De fato, se compararmos o caso *US-Upland Cotton* ao *US-Gambling*, constata-se que, no segundo contencioso, além de o país solicitante possuir uma dimensão econômica muito menor que a do Brasil, foi conferido a Antígua e Barbuda um baixo valor de retaliação cruzada (apenas US\$ 21 milhões), o que dificultou a comprovação de que essa contramedida iria criar efeitos muito significativos no país retaliado. Já no caso do Brasil, era claro que a retaliação cruzada, no montante em que foi permitida, iria causar vários prejuízos ao Estado americano.

Ademais, não se pode deixar de mencionar um dos elementos centrais para a solução dessa disputa: o papel da força diplomática brasileira. É notável que a eficiência da

²⁵⁷ BRASIL. Lei nº 12.270, de 24 de Junho de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12270.htm. Acesso em 19 nov. 2017.

²⁵⁸ Como já visto, os árbitros determinaram um montante anual a ser calculado aplicando uma metodologia descrita na decisão arbitral, assim o valor anual poderia variar.

²⁵⁹ ANDRADE, Luciano Mazza de. O contencioso do algodão: o desafio da implementação. In: BENJAMIN, Daniela Arruda (Org.). *O Sistema de Solução de Controvérsias da OMC: Uma perspectiva brasileira*. Brasília: Funag, 2013. p. 108-109. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/1053-SISTEMA_DE_SOLUCAO_OMC.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2017.

diplomacia brasileira, aliada à ameaça de retaliação cruzada, foi essencial ao caso. Observa-se que o Brasil não somente utilizou-se da sua Coordenação-Geral de Contenciosos (CGC), mas também contratou uma assessoria jurídica e técnica internacional para complementar o trabalho deste órgão. Com isso, foi possível atingir um bom nível de argumentação e o êxito na disputa²⁶⁰. Ainda, criou-se um grupo de trabalho próprio no âmbito da Câmara de Comércio Exterior, intitulado GT Retaliação, e representantes da Associação dos Produtores de Algodão (ABRAPA) e diplomatas brasileiros fizeram algumas visitas a Washington, capital dos Estados Unidos, com o intuito de elevar o tom das tratativas²⁶¹. Repara-se, portanto, que houve uma grande força tarefa brasileira visando à negociação das questões atinentes a esta disputa.

Essa negociação bem-sucedida do Brasil é também reflexo da posição estratégica desse país no comércio internacional. Isso porque as tratativas entre países podem ser consideradas com um tipo específico de conhecimento técnico que os países mais desvantajados não possuem.

Dessa forma, todos esses elementos que foram aqui analisados convergiram para o resultado positivo que teve a parte brasileira nesta disputa. O Brasil se organizou muito bem com o intuito de apresentar uma ameaça crível e efetiva para os Estados Unidos. E, por este motivo, mesmo que não tenha havido a efetiva retaliação, a sua ameaça rendeu bons frutos para o Estado brasileiro.

Finalizada a análise destas particularidades do contencioso do algodão, passa-se no próximo e último tópico a tratar de algumas considerações da autora sobre o caso e sobre a autorização da retaliação cruzada na disputa.

4.4 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CASO

Feito um relatório sobre toda a trajetória do conflito estadunidense e brasileiro na OMC, elaborados apontamentos sobre a importância da autorização da retaliação cruzada para o Brasil, bem como investigados alguns elementos diferenciadores deste caso com relação aos outros em que houve a autorização da citada contramedida, tecem-se algumas considerações

²⁶⁰ ALMEIDA, L. T; PRESSER, M. F. *O contencioso Brasil-Estados Unidos sobre o algodão: um caso bem-sucedido de desenvolvimento de capacidades*, p.3. Disponível em: https://vi.unctad.org/resources-mainmenu-64/digital-library?task=dl_doc&doc_nam. Acesso em 22 nov 2017.

²⁶¹ AMARAL; BARRAL, 201, p. 14-15

sobre como a análise deste caso contribuiu para a discussão da adequação da retaliação cruzada como instrumento de indução de cumprimento.

No caso *US-Upland Cotton*, igualmente aos outros casos em que houve autorização para retaliação cruzada no TRIPS, não houve aplicação da contramedida. Ainda, não houve a implementação total das recomendações do julgamento da OMC; isto é, os EUA não cumpriram integralmente a decisão. Contudo, não é razoável, com base unicamente nesses dois dados, concluir precipitadamente que o instrumento foi inadequado ou ineficiente. Isso porque a ameaça de retaliação cruzada no TRIPS trouxe benefícios efetivos para o Brasil na forma de uma maior adequação por parte das políticas públicas americanas à decisão do MSC, de um maior número de compensações financeiras e de concessões políticas por parte dos Estados Unidos. De fato, se pensarmos na hipótese de o Estado brasileiro não ter optado por retaliar, ou ter se limitado ao pedido de retaliação tradicional, talvez a pressão política nos Estados Unidos não tivesse sido tão forte e os países não tivessem negociado e entrado em acordo tão rapidamente.

Logo, nesse caso, o sucesso pode ser atribuído à mera ameaça do uso desta contramedida. Essa, por si só, conseguiu alavancar o Estado brasileiro a uma posição mais privilegiada de negociação. Em um sistema em que as *power politics* reinam, o Brasil conseguiu se inserir no “jogo de poderes” ao adquirir mais influência e relevância com a autorização da retaliação cruzada.

Por estas razões, a simples ameaça pode ser considerada como uma ferramenta mais eficiente em comparação com a aplicação da contramedida, considerando que, ao evitar o emprego desta arma tão drástica, o país solicitante previne possíveis efeitos negativos indiretos, como retaliações fora da OMC²⁶², um impasse diplomático com o país réu e uma imagem política deteriorada perante as demais nações. Ademais, o não emprego dessa contramedida, ainda poupa o país de todo o trabalho de sistematizar e manter as medidas retaliatórias em seu período de duração.

Assim, ainda que a retaliação cruzada não se manifeste exatamente da forma como foi concebida no ESC, isto é, como remédio a ser aplicado em uma situação de desconformidade; a sua utilização como meio de intimidação do adversário com o intuito de agilizar as negociações já se prova adequada e pode mostrar resultados, conforme verificado nesse caso.

Todavia, verifica-se que as várias peculiaridades dos países em disputa – em especial a importância e o porte econômico do Brasil – tiveram um papel relevante no sucesso da

²⁶² Como, por exemplo, cortes em programas de assistência voluntários.

ameaça de retaliação cruzada. Como foi trabalhado, países de menor representação comercial no panorama mundial não conseguem criar ameaças críveis e se beneficiar dessa ferramenta apenas como um blefe. Significa dizer que os países mais bem desenvolvidos economicamente não se amedrontam com a possibilidade abstrata de pequenos países em desenvolvimento retaliarem, tendo em vista que têm consciência que tal medida faria mais mal aos seus praticantes do que ao seu alvo.

Assim, pode-se trazer a hipótese de que, atualmente, o sucesso da ameaça da suspensão de concessões fica condicionado a uma participação econômica mínima do país solicitante, a qual deve ser significativa em comparação ao país solicitado, já que, sem isso, ele não conseguiria criar uma ameaça crível, apenas um blefe sem fundamento.

Por conseguinte, como desafio a ser enfrentado no futuro, é necessário refletir sobre formas mais concretas para que países menos desenvolvidos possam também se beneficiar dessa contramedida específica e reduzir a enorme diferença de representatividade econômica que têm com os países desenvolvidos.

Esta não é tarefa fácil, considerando que o problema das diferenças econômicas é estrutural ao sistema econômico internacional e à OMC e pode ser percebido em todos os âmbitos desta organização, inclusive na resolução de controvérsias e na negociação de acordos entre seus Estados-Membros. Para quebrar com esse paradigma no âmbito da solução de disputas, faz-se crucial repensar na estrutura atual das contramedidas da OMC e no que pode ser melhorado. Uma ideia incipiente que representa uma possível solução é a da retaliação coletiva, em que um grupo de países pudesse retaliar contra o país desconforme. Dessa forma, os países com menor peso econômico conseguiram unir forças para apresentar uma ameaça mais concreta a uma grande potência mercantil. Aliando-se esta possibilidade hipotética à suspensão de obrigações e concessões no âmbito da propriedade intelectual, é justo inferir que surgiria uma “arma política” bastante interessante aos países em desenvolvimento.

Apostar na retaliação cruzada envolvendo os direitos da propriedade intelectual, que são cada vez mais valorizados pelas grandes potências mundiais, parece um bom artifício para, progressivamente, minimizar as *power politics* e assimetrias tão características do cenário econômico internacional. No entanto, conforme argumentado, é preciso dar características de maior incisividade a essa ferramenta, para que países com pequena participação no cenário comercial internacional consigam exercer a pressão nos Estados réus por meios institucionais.

Ainda, salienta-se que, com os poucos exemplos atualmente existentes de autorização da retaliação cruzada, é difícil prever como essa permissão pode vir a ser utilizada no futuro dentro da OMC, uma organização relativamente nova. A análise dos três casos iniciais da utilização da ameaça desta contramedida certamente não resulta na compreensão de todas as facetas que esse instrumento pode possuir.

É também um desafio discorrer com precisão sobre esse remédio *per se*, haja vista que ele nunca foi efetivamente aplicado na prática. Não obstante as autorizações, nenhum Estado-Membro efetivamente iniciou a suspensão de concessões e obrigações. Portanto, não há como prever seus efeitos concretos tanto para o país retaliante, como para todo o cenário econômico e diplomático internacional. Assim, apoia-se apenas na teorização doutrinária, a qual pode se provar inadequada na face de conflitos concretos.

Apesar de todos esses desafios e considerações, o exemplo do caso do algodão entre Estados Unidos e Brasil constitui um importante precedente que comprova a utilidade do artigo 22.3.(c) do ESC, principalmente em casos envolvendo a suspensão de direitos de propriedade intelectual. Argumenta-se que a inovadora previsão da possibilidade de retaliar países em áreas mais estratégicas, em especial no âmbito do TRIPS, constitui uma ferramenta poderosa de barganha para países em desenvolvimento. Ainda que não tenha sido utilizada na sua inteira potencialidade, trata-se de uma previsão que pode ser muito mais explorada e aprimorada nos anos futuros dessa organização.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou examinar a retaliação cruzada no âmbito do TRIPS dentro do mecanismo de solução de controvérsias da OMC e investigar se esse instrumento pode ser considerado um remédio adequado para induzir o cumprimento das decisões do MSC, a partir da análise da sua previsão no Entendimento de Solução de Controvérsias da OMC e do estudo de casos em que a contramedida foi deferida, com foco no *US-Upland Cotton*.

Primeiramente foi explorado o próprio mecanismo de solução de controvérsias da OMC e seu procedimento. Foi pontuada a importância deste órgão jurisdicional internacional que trouxe ao sistema multilateral de comércio uma estrutura de solução de litígios única e integrada em que existe jurisdição compulsória e é possível a aplicação de “sanções” em caso de descumprimento das decisões por ele exaradas.

Também foram apresentadas as contramedidas previstas pelo ESC no caso de não haver cumprimento espontâneo do país sucumbente. Assinalou-se que, embora não substituam a implementação das recomendações, é possível recorrer à compensação e à retaliação. A primeira é um remédio consensual que permite ao Estado desconforme fazer concessões ao país requerente até que haja o cumprimento da decisão; e a segunda, objeto do trabalho, trata-se da suspensão de concessões e obrigações pelo membro solicitante para com o Estado inadimplente.

Foram ainda estudados alguns desafios atuais para a implementação das decisões do MSC, como os efeitos nefastos que a retaliação pode trazer para os países praticantes, tornando-se um “tiro no próprio pé”, bem como a ineficácia dessas soluções quando se tratam de países litigantes com disparidades econômicas muito grandes.

Nesse cenário, a retaliação cruzada surge como uma alternativa mais benéfica consistente em uma forma de retaliação especial e de *ultima ratio* que permite que um país retalie em um acordo diferente daquele em que foi encontrada a infração ou nulidade, desde que seja provada a inaplicabilidade e ineficácia da suspensão de concessões tradicional e a seriedade da situação.

Argumenta-se que retaliação cruzada pode ser um instrumento positivo para países em desenvolvimento já que lhes permite escolher a área da suspensão de concessões e obrigações, afetando mais fortemente o seu país alvo. Notadamente, essa contramedida envolvendo o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS) é

especialmente vantajosa a esses países, visto que a retaliação prejudica atores privados importantes dos países envolvidos, os quais muito provavelmente exercerão pressão política sobre seu governo para acatar a decisão da OMC.

Contudo, esse remédio não é isento de desafios de aplicação. Apesar de ser considerado um importante instrumento para países em desenvolvimento; na prática, observa-se que, para a sua efetividade, é preciso provar que a medida é economicamente possível para o membro demandante. Significa que é preciso que este país prove que conseguiria utilizar dessa arma para causar dano ao adversário sem sabotar sua própria economia. A esta dificuldade, acrescenta-se a possibilidade de os países réus “contra-retaliarem” fora do escopo da OMC, isso é, prejudicarem o Estado solicitante por outros meios lícitos, como a exclusão do retaliante de regimes preferenciais voluntários. Ainda, a retaliação cruzada em DPI, como medida muito incisiva e excepcional, corre o risco de ser considerada uma medida de má política pelos demais Estados e por suas indústrias importantes, abalando as relações diplomáticas do país praticante com aqueles. Não pode se olvidar, também, que se trata de medida inédita, assim é sensato se inferir que os países evitam utilizá-la por não conseguir auferir com exatidão os riscos aos quais serão submetidos.

Efetivamente, observou-se que não existe no acervo jurisprudencial da OMC uma efetiva aplicação desse instrumento. O papel desta contramedida, nos três casos em que houve sua permissão, limitou-se a sua utilização como uma ameaça. Examinando o contencioso do Algodão, último caso de autorização da retaliação cruzada, verificou-se que, assim que o Brasil anunciou que colocaria a retaliação cruzada em prática, o governo americano aumentou as negociações com o brasileiro, resultando em um acordo parcial que suspendeu a disputa e previu uma grande compensação financeira ao setor agrícola de produção de algodão brasileiro, além de conceder vários outros benefícios, como a ampla fiscalização do Brasil nas políticas americanas de produção agrícola; um canal de negociação constante entre as partes; e o reconhecimento do estado de Santa Catarina como livre de doenças como febre aftosa com a consequente abertura do mercado americano para a carne deste estado.

Com a contínua situação de inadimplência dos EUA quanto à completude das recomendações do MSC, em 2014, as partes negociaram novamente e assinaram um Memorando de Entendimento que previa mais compensações financeiras ao Brasil e mudanças nas políticas americanas, encerrando a disputa na OMC. Esse acordo, em síntese, negociou um “cessar-fogo” do Brasil em troca de diversos bônus para esse país, sendo considerado uma vitória da negociação brasileira.

Nota-se, claramente, que o catalisador para esse documento foi a retaliação cruzada envolvendo propriedade intelectual. Isso porque, logo que autorizada, as tratativas se intensificaram exponencialmente culminando no *Framework* e nesse Memorando de solução mutuamente acordada. Consequentemente, a ameaça de retaliação cruzada no TRIPS foi primordial, considerando que, não obstante não ter resultado na implementação total da decisão pelos Estados Unidos, ela trouxe maior adequação das políticas americanas aos princípios da OMC. Além disso, rendeu significativas compensações ao Brasil, as quais serviram para indenizar os possíveis danos que as medidas inconsistentes do governo estadunidense lhe causaram.

Todavia, ponderou-se que é preciso analisar o sucesso dessa medida no caso brasileiro levando em conta algumas peculiaridades do caso. Primeiramente, o Brasil é uma importante nação comercial, com um grande fluxo econômico internacional e considerável mercado doméstico. Ademais, o país sul-americano possui *know how* e capacidade técnica para efetivamente produzir produtos sem os pagamentos de DPI em larga escala e rapidamente, bem como organizou muito bem seu ordenamento jurídico com vistas à aplicação da suspensão de DPI. Dessa forma, conseguiu criar uma ameaça crível e grave que coagiu o Estado americano a se apressar para encontrar uma solução pacífica à disputa, tendo adquirido também maior poder de barganha para negociar melhores condições para si.

Com toda essa investigação do trabalho, confirmou-se parcialmente a hipótese de que a retaliação cruzada é um instrumento adequado para induzir o cumprimento das decisões do MSC. Isso porque a retaliação cruzada não foi ainda utilizada realmente em nenhum litígio da OMC e não resultou, em nenhum dos casos em que foi autorizada, em cumprimento total da decisão pela parte adversária.

Contudo, a ameaça da retaliação pode sim ser considerada uma medida adequada para conseguir o cumprimento máximo que o país requerido pode oferecer de acordo com suas políticas internas, além de resultar em ótimas compensações e concessões para o país autorizado a tomar essa contramedida. Entretanto, pondera-se: essa medida é adequada para quem?

De fato, é possível apresentar a hipótese de que a ameaça desta contramedida somente surte efeitos para países que possuam um poder econômico significativo em relação ao país réu. Assim, evidencia-se aqui mais uma acepção das *power politics* na OMC. É esse o maior desafio que, não só o MSC, mas a OMC têm que enfrentar em seu futuro: encontrar meios de nivelar o jogo de negociações internacional.

Tal feito não tem soluções fáceis; é preciso quebrar com toda estrutura do sistema multilateral do comércio atual para consertar totalmente as falhas que este carrega. Porém, quanto à solução de controvérsias, a abertura para novas possibilidades, como a retaliação coletiva ou mecanismos de maior assistência técnica para países menores, já seria um importante passo para melhorar a presente situação.

Todavia, esses desafios não desmerecem nem ofuscam a importância da retaliação cruzada envolvendo o TRIPS como um relevante remédio da OMC que auxilia a coação dos países para o cumprimento das decisões. Dessa forma, por fim, urge que, no futuro desta organização internacional, se encontrem meios para desvendar o real potencial dessa ferramenta, com o intuito de auxiliar na execução das recomendações e ajudar países em desenvolvimento dentro da OMC.

REFERÊNCIAS

ABBOTT, Frederick M.. Cross-Retaliation in TRIPS: Options for Developing Countries. *Ictsd Programme On Dispute Settlement And Legal Aspects Of International Trade*, Genebra, n. 8, p.1-70, 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1415802>>. Acesso em: 29 out. 2017.

ALMEIDA, L. T; PRESSER, M. F. *O contencioso Brasil-Estados Unidos sobre o algodão: um caso bem-sucedido de desenvolvimento de capacidades*, p.3. Disponível em: https://vi.unctad.org/resources-mainmenu-64/digital-library?task=dl_doc&doc_nam. Acesso em 22 nov 2017.

AMARAL, Renata Vargas; BARRAL, Welber. Fim do contencioso do algodão: lições de uma disputa na OMC. *Rbce - A Revista da Funcex*, n. 122, p.13-16, mar. 2015. Disponível em: <http://www.funcex.org.br/publicacoes/rbce/material/rbce/122_WBRA.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2017.

AMARAL, Renata Vargas. *Retaliação cruzada na OMC: Disciplina e desafios para o sistema multilateral de comércio*. 2012. 244 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012.

ANDRADE, Luciano Mazza de. O contencioso do algodão: o desafio da implementação. In: BENJAMIN, Daniela Arruda (Org.). *O Sistema de Solução de Controvérsias da OMC: Uma perspectiva brasileira*. Brasília: Funag, 2013. p. 85-112. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/1053-SISTEMA_DE_SOLUCAO_OMC.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2017.

APPLETON, Arthur E.. Suspension of Concessions in the Services Sector: Legal, Technical and Economic Problems. *Ictsd Dispute Settlement And Legal Aspects Of International Trade*, Genebra, n. 7, mar. 2009. Disponível em: <https://www.ictsd.org/downloads/2009/04/suspension_of_concessions_in_the_services_sector2.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2017.

ARBIX, Daniel do Amaral, NETO, Abrão Árabe. *Retaliação Cruzada em Propriedade Intelectual: alternativa para uma atuação mais eficaz dos países em desenvolvimento no sistema de solução de controvérsias da OMC*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v.103. São Paulo, 2008

BARRAL, Welber. *Solução de Controvérsias na OMC*. In: KLOR, Adriana Dreysin de. (et al.). *Solução de Controvérsias: OMC, União Europeia e Mercosul*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004.

BASSO, Maristela. *O direito internacional da propriedade intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BOSSCHE, Peter van den. *The law and policy of the world trade organization: text, cases and materials*. 2nd ed. New York: Cambridge University Press, 2008.

BOWN, Chad P.; PAUWELYN, Joost. Introduction: trade retaliation in WTO dispute settlement: a multi-disciplinary analysis. In: BOWN, Chad P.; PAUWELYN, Joost (Ed.). *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

BRASIL. *Medida Provisória nº 482, de 10 de Fevereiro de 2010*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Mpv/482.htm. Acesso em: 19 nov. 2017.

_____. *Lei nº 12.270, de 24 de Junho de 2010*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112270.htm. Acesso em 19 nov. 2017.

BRONCKERS, Marco; BROEK, Naboth van Den. Financial Compensation in the WTO: Improving the remedies of WTO Dispute Settlement. *Journal Of International Economic Law*, [s.l.], v. 8, n. 1, 1 jan. 2005. Oxford University Press (OUP). <http://dx.doi.org/10.1093/jielaw/jgi006>

BROWN, Andrew G.; STERN, Robert M.. Issues of Fairness in Dispute Settlement. In: HARTIGAN, James C. (Ed.). *Trade Disputes and the Dispute Settlement Understanding of the WTO: An Interdisciplinary Assessment*. Norman: Emerald Group Publishing Limited, 2009. Cap. 2. p. 33-72. (Frontiers of Economics and Globalization).

CAMARGO, Solano de. *Forum shopping: modo lícito de escolha da jurisdição?*. 2015. 203 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015

CAMEX. *Resolução nº 16, de 12 de março de 2010*. Disponível em: <http://www.camex.gov.br/component/content/article/62-resolucoes-da-camex/em-vigor/855-resolucao-n-16-de-12-de-marco-de-2010>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

DAL RI JÚNIOR, Arno. Direito Internacional Econômico em expansão: desafios e dilemas no curso da história. In: DAL RI JÚNIOR, Arno. (org.); OLIVEIRA, Odete Maria de. (org.). *Direito Internacional Econômico em expansão: desafios e dilemas*. Ijuí: Uijuí, 2003.

DAVEY, William J.. Compliance Problems in WTO Dispute Settlement. *Cornell International Law Journal*, Cornell, v. 42, n. 1, 2009. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1739&context=cilj>>. Acesso em: 1 out. 2017.

FERRAZ, Rafael Chaves. O contencioso Brasil X EUA do Algodão na Organização Mundial do Comércio. *Anais Vestígios do Passado: a história e suas fontes*, p.1-16. Disponível em: <http://eeh2008.anpuh->

rs.org.br/resources/content/anais/1212416689_ARQUIVO_FERRAZ_algodao_OMC.pdf>.
Acesso em: 18 nov. 2017.

FUKUNAGA, Yuka. Securing Compliance Through the WTO Dispute Settlement System: Implementation of DSB Recommendations. *Journal Of International Economic Law*, [s.l.], v. 9, n. 2, p.383-426, 8 maio 2006. Oxford University Press (OUP). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1093/jiel/jgl007>.

GROSSMAN, Gene M.; SYKES, Alan O. 'Optimal' Retaliation in the WTO – a commentary on the Upland Cotton Arbitration. *World Trade Review*, v. 10, n. 01, p.133-164, jan. 2011, p. 149. Cambridge University Press (CUP). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1017/s1474745610000522>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

HORN, Henrik; MAVROIDIS, Petros C.. The WTO Dispute Settlement System 1995-1006: Some Descriptive Statistics. In: HARTIGAN, James C. (Ed.). *Trade Disputes and the Dispute Settlement Understanding of the WTO: An Interdisciplinary Assessment*. Norman: Emerald Group Publishing Limited, 2009. Cap. 1. p. 3-32. (Frontiers of Economics and Globalization)

HUDEC, Robert E.. The Adequacy of the WTO Dispute Settlement Remedies: A developing Country Perspective. In: HOEKMAN, Bernard; MATTOO, Aaditya; ENGLISH, Philip (Ed.). *Development, Trade and the WTO: A handbook*. Washington: The World Bank, 2002. p. 81-91. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/805981468763835259/pdf/297990018213149971x.pdf>>. Acesso em: 1 out. 2017

INSTITUTE FOR AGRICULTURE AND TRADE POLICY (Estados Unidos). Strengthening Compliance at the WTO: Cross-retaliation in WTO disputes. *Trade And Global Governance Program*, Minneapolis, p.1-2, set. 2006. Disponível em: <https://www.iatp.org/sites/default/files/strengthening-compliance-at-the-wto.pdf>>. Acesso em: 1 nov. 2017

JACKSON, John Howard. *The World Trade Organization: Constitution and Jurisprudence*. London: Royal Institute for International Affairs, 1998.

LAFER, Celso. *Direito Internacional: Um percurso no direito no século XXI*. São Paulo: Atlas, 2015. 2 v.

LAWSON, Trevor. WTO Dispute Resolution: The Promotion of Diplomacy within an Adjudicative Model. *Dalhousie Journal Of Legal Studies*, Halifax, v. 6, p.321-346, 1997. Disponível em: <https://ojs.library.dal.ca/djls/article/view/5571/5016>>. Acesso em: 1 out. 2017

LUPI, André Lipp Pinto Basto. *Soberania, OMC e Mercosul*. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

MAHENDRA, Vikas Nanjundappa. Cross Retaliating Under The Trips Agreement: Probing An Effective Strategy. *European Master In Law And Economics: ACADEMICYEAR 2008-2009*, Bologna, p.1-55, p.28. ago. 2009. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/9e44/5b5e4b6382af03b3dac8c70d69028338bb87.pdf?_ga=2.70248208.182809903.1509800144-1251579225.1509800144>. Acesso em: 4 nov. 2017.

MATSUSHITA, Mitsuo; MAVROIDIS, Petros; SCHOENBAUM, Thomas. *The World Trade Organization: Law, Practice and Policy*. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 2006.

MAVROIDIS, Petros C. Remédios no Sistema Jurídico da OMC: entre um rochedo e um lugar difícil. In: DAL RI JÚNIOR, Arno. (org.); OLIVEIRA, Odete Maria de. (org.). *Direito Internacional Econômico em expansão: desafios e dilemas*. Ijuí: Uijuí, 2003.

MERCURIO, Bryan. Retaliatory Trade Measure in the WTO Dispute Settlement Understanding. In: HARTIGAN, James C. (Ed.). *Trade Disputes and the Dispute Settlement Understanding of the WTO: An Interdisciplinary Assessment*. Bingley: Emerald Group Publishing Limited, 2009. Cap. 16. p. 397-442. (Frontiers of Economics and Globalization)

MDIC (Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior). GATT/97 – Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio.1994. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/1885-omc-acordos-da-omc>. Acesso em 10 out 2017.

_____. Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual (TRIPS). Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/1885-omc-acordos-da-omc>. Acesso em 10 out 2017.

_____. GATS – Acordo Geral sobre o Comércio de Serviços. 1994. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/1885-omc-acordos-da-omc>. Acesso em 10 out 2017.

Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias (ESC). 1994. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/1885-omc-acordos-da-omc>. Acesso em 10 out 2017.

MITCHELL, Andrew D.; SALONIDIS, Constantine. David's Sling: Cross-Agreement Retaliation in International Trade Disputes. *Journal Of World Trade* 45, The Netherlands, v. 2, p.457-488, 2011.

MORINI, Cristiano; SIMÕES, Regina Célia Faria; DAINEZ, Valdir Iusif (Org.). *Manual de comércio exterior*. 2. ed. Campinas: Alínea, 2011, p. 201.

NETO, José Cretella. *Direito processual na Organização Mundial do Comércio, OMC: casuística de interesse para o Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

OECD - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (2017), Trade in goods (indicator). doi: 10.1787/1ea6b5ed-en. Disponível em: <https://data.oecd.org/trade/trade-in-goods.htm#indicator-chart>. Acesso em: 15 out 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Understanding the WTO*. 5. ed. Genebra: World Trade Organization Information And External Relations Division, 2015, p.59. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/understanding_e.pdf. Acesso em: 12 nov. 2017.

_____. WTO Analytical Index: Dispute Settlement Understanding. Disponível em: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/dsu_08_e.htm#article22B5. Acesso em: 29/10/2017.

PRADO, Victor Luiz do. Mecanismo de Solução de Controvérsias: Fonte de Poder e de problemas na OMC. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do (coord.). *OMC e o comércio internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2002.

RAJEC, Sarah R. Wasserman. The Intellectual Property Hostage in Trade Retaliation. *College Of William & Mary Law School: Faculty Publications*, Williamsburg, n. 1831, p.171-219, 2016. Disponível em: <http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/1831>. Acesso em: 17 out. 2017.

REICH, Arie. The effectiveness of the WTO dispute settlement system: A statistical analysis. *Working Papers Of The Law Department Of The Eui*, Badia Fiesolana, n. 11, p.1-32, 2017. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1814/47045>. Acesso em: 14 out. 2017,

ROTHSTEIN, Paul. Moving All-In With The World Trade Organization: Ignoring Adverse Rulings And Gambling With The Future Of The Wto. *Georgia Journal Of International And Comparative Law*, Athens, v. 37, 2008, p.166. Disponível em: <http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1075&context=gjicl>. Acesso em: 15 nov. 2017.

SCHNEPF, Randy. 2014 Farm Bill Provisions and WTO Compliance. *Congressional Research Service*, Washington, p.1-40, 8 dez. 2014. Disponível em: https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metadc807559/m2/1/high_res_d/R43817_2014Dec08.pdf. Acesso em: 18 nov. 2017.

_____. Brazil's WTO Case Against the US Cotton Program. *Congressional Research Service*, Washington, 30 jun. 2010. Disponível em: <http://nationalaglawcenter.org/wp-content/uploads/assets/crs/R43336.pdf> Acesso em: 30 de Jul. de 2017.

SEBASTIAN, Thomas. The law of permissible WTO retaliation. In: BOWN, Chad P.; PAUWELYN, Joost (Ed.). *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 89-127.

SHADIKHODJAEV, Sherzod. *Retaliation in the WTO Dispute Settlement System*. Alphen Aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2009.

SIMMONS, Ann M.. Why hurricane-ravaged Barbuda desperately wants to resolve a dispute over U.S. online gambling. *Los Angeles Times*. Los Angeles. 9 out. 2017. Disponível em: <<http://www.latimes.com/world/la-fg-global-antigua-us-trade-2017-story.html>>. Acesso em: 4 nov. 2017.

SINGH, Manoj K.. Cross Retaliations under the WTO-DSM. *Global Trade And Customs Journal*, The Netherlands, v. 8, n. 9, p.274-283, 2013.

SLATER, Gabriel L.. The Suspension of Intellectual Property Obligations Under TRIPS: A Proposal for Retaliating Against Technology-Exporting Countries in the World Trade Organization. *The Georgetown Law Journal*, Georgetown, n. 97, p.1366-1408, 2009. Disponível em: <<http://georgetown.lawreviewnetwork.com/files/pdf/97-5/Slater.PDF>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

SMITH, James M. *Compliance Bargaining in the WTO: Ecuador and the Bananas Dispute*. Paper Prepared for a Conference on Developing Countries and the Trade Negotiation Process UNCTAD, 6-7 November, 2003, Geneva.

SPAMANN, Holger. The Myth of ‘Rebalancing’ Retaliation in WTO Dispute Settlement Practice. *Journal Of International Economic Law*, [s.l.], v. 9, n. 1, p.31-79, 16 fev. 2006. Oxford University Press (OUP).. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1093/jiel/jgi054>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

STOLPESTAD, Ingrid. *Challenging US cotton subsidies: What can explain the change in US policy vis-à-vis Brazil in the WTO case on cotton subsidies?*. 96 f. Dissertação (Mestrado) - Department Of Political Science, University Of Oslo, Oslo, 2011. Disponível em: <<https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/13138/Stolpestad-Master.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

SUBRAMANIAN, Arvind; WATAL, Jayashree. Can trips serve as an enforcement device for developing countries in the WTO? *Journal Of International Economic Law*, , v. 3, n. 3, p.403-416, 1 set. 2000. Oxford University Press (OUP). <http://dx.doi.org/10.1093/jiel/3.3.403>. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jiel/article-abstract/3/3/403/829397?redirectedFrom=fulltext>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

SUPPAN, Steve. *Unconditional surrender: The U.S.-Brazil deal to end WTO-authorized retaliation*. Institute For Agriculture And Trade Policy. 2014. Disponível em: <<https://www.iatp.org/blog/201410/unconditional-surrender-the-us-brazil-deal-to-end-wto-authorized-retaliation>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

TOLEDO, Patrícia Alves de. Um tiro no próprio pé – remédios para implementação das decisões do órgão de solução de controvérsias da OMC. In: LIMA-CAMPOS, Aluísio de

(org.). *Ensaio em comércio internacional: antidumping, disputas comerciais e negociações multilaterais*. São Paulo, Editora Singular, 2005.

TOWNSEND, David J.. Stretching the Dispute Settlement Understanding: US-COTTON's relaxed interpretation of cross-retaliation in the World Trade Organization. *Richmond Journal Of Global Law & Business*. Richmond, p. 135-165. 2010. Disponível em: <<http://scholarship.richmond.edu/global/vol9/iss2/2/>>. Acesso em: 5 abr. 2017.

VANGRESSTEK, Craig. *The history and future of the World Trade Organization*. Geneva: World Trade Organization, p. 44.

VIDIGAL, Geraldo. Retaliação, Compensação, Cumprimento: O Uso dos Remédios da OMC pelo Brasil no caso EUA – Algodão. In: THORSTENSEN, Vera Helena; NOGUEIRA, Thiago Rodrigues São Marcos (Org.). *Anais da Conferência Anual de Comércio Internacional da Cátedra OMC no Brasil*. São Paulo: Vt Assessoria Consultoria e Treinamento Ltda, 2015. p. 118-134. Disponível em: <[http://ccgi.fgv.br/sites/ccgi.fgv.br/files/file/Publicacoes/I CACI-Anais 2015-CatedraOMCBrazil-CCGI-FGVSP.pdf](http://ccgi.fgv.br/sites/ccgi.fgv.br/files/file/Publicacoes/I%20CACI-Anais%202015-CatedraOMCBrazil-CCGI-FGVSP.pdf)>. Acesso em: 16 nov. 2017.

WILKES, Christine. Two Level Games: The US-Brazil World Trade Organization Cotton Dispute. *Fellowship Papers 2013-2014*, p.1-20, 5 maio 2016. Keck Center for International and Strategic Studies. Disponível em: <<https://www.cmc.edu/sites/default/files/keck/Wilkes-Keck-Fellowship-Two-Level-Games.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

WHITEMAN, Allison L.. Cross Retaliation under the TRIPS Agreement: An Analysis of the Policy Options for Brazil. *North Carolina Journal Of International Law And Commercial Regulation*, North Carolina, v. 1, n. 36, p.188-231, 2010. Disponível em: <<http://scholarship.law.unc.edu/ncilj/vol36/iss1/5>>. Acesso em: 30 out. 2017.

YE, Siyu. The Legal Analysis of the Cross-Retaliation Under the WTO Framework. *Llm Paper Of The Program 'master Of Advanced Studies In European Law'*, Ghent, p.1-50, 2012. Disponível em: <https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/061/021/RUG01-002061021_2013_0001_AC.pdf>. Acesso em: 30 out. 2017.

CASOS DA OMC:

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. WT/DS27 - European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Banana. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds27_e.htm.

_____. WT/DS267 - United States - Subsidies on Upland cotton. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds267_e.htm

_____. WT/DS285 - United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds285_e.htm